Manuel García Garrido
Antonio Fernández-Galiano

Iniciación al Derecho

EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

NOTA A LA SEXTA EDICIÓN

Con el dolor de la pérdida del Profesor D. Antonio Fernández-Galiano, a cuya sabia labor debe tanto la redacción de este libro y a cuya perenne memoria la dedicamos, aparece la sexta edición de este libro, revisado en la parte correspondiente por su hija, la Profesora Blanca Fernández-Galiano, en la que se han puesto al día determinados capítulos, como la parte referente al Derecho Romano, y sobre todo temas de derecho positivo, como los correspondientes a los de Derecho Procesal, Penal y Derecho de familia, modificados en legislaciones posteriores a la anterior edición. También se han revisado los test de autocomprobación, siguiendo las sugerencias de los alumnos. Con ello continuamos los esfuerzos para mejorar la información básica para los que inician los estudios de Derecho como homenaje póstumo al Autor desaparecido que tanta ilusionada dedicación puso en este libro.

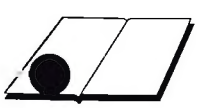
Madrid, 1 de septiembre del 2001

MANUEL J. GARCÍA GARRIDO
BLANCA FERNÁNDEZ-GALIANO

MANUEL GARCÍA GARRIDO
ANTONIO FERNÁNDEZ-GALIANO

INICIACIÓN AL DERECHO

SEXTA EDICIÓN



EDITORIAL UNIVERSITAS, S.A.

A la memoria del Profesor
D. Antonio Fernández-Galiano.

Manuel García Garrido

ÍNDICE

Palabras preliminares XIII
Nota a la quinta edición XV
Nota ala sexta edición XVII

Capítulo I
¿QUÉ ES EL DERECHO?
Profesor Fernández-Galiano

Resumen del capítulo 1
I. Una primera aproximación al Derecho 3
II. Algunos rasgos generales del Derecho 5
III. El Derecho como realidad humana 7
IV. El ámbito de lo jurídico 8
V. Las acepciones del término «derecho» 12
VI. Otros órdenes normativos distintos del Derecho 13
Autoevaluación 17

Capítulo II
¿CÓMO ES EL DERECHO?
Profesor Fernández-Galiano

Resumen del capítulo 19
I. La descripción del Derecho objetivo 22
II. La descripción del derecho subjetivo 28
Autoevaluación 40

Capítulo III

¿DE DÓNDE PROCEDE EL DERECHO?

Profesor García Garrido

Resumen del capítulo 43

I. El Derecho y la historia 45
II. Las fuentes históricas del Derecho 46
III. Los derechos de la Antigüedad 47
IV. Derecho romano 48
V. Derecho medieval 53
VI. Derecho moderno 55
Autoevaluación 57

Capítulo IV

¿CÓMO SE MANIFIESTA EL DERECHO?

Profesor Fernández-Galiano

Resumen del capítulo 59

I. La norma jurídica 63
II. El ordenamiento jurídico 80
Autoevaluación 85

Capítulo V

¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO?

Profesor García Garrido

Resumen del capítulo 89

I. El Derecho y los juristas prácticos 91
II. Sistemas abiertos y cerrados 93
III. Las fuentes del Derecho español 95
IV. La interpretación del Derecho 102
Autoevaluación 117

Capítulo VI

¿SOBRE QUÉ SE APLICA EL DERECHO?

Profesor García Garrido

Resumen del capítulo 111

I. Derecho público y Derecho privado 116
II. Ramas o materias del Derecho público 118
III. Ramas o materias del Derecho privado 128
Autoevaluación 132

Capítulo VII

¿QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA EL DERECHO?
Profesor Fernández-Galiano

Resumen del capítulo 135

I. El Derecho y los conflictos entre los miembros del grupo 138
II. El Derecho y la dotación de valores a las relaciones sociales 149
III. El Derecho modela la estructura y la dinámica del grupo 142
IV. El Derecho crea un marco jurídico para el ejercicio del poder 145
Autoevaluación 148

Capítulo VIII

¿CÓMO SE ACTÚA EL DERECHO?
Profesor García Garrido

Resumen del capítulo 151

I. El Derecho Procesal 155
II. La jurisdicción 156
Autoevaluación 164

Capítulo IX

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
Profesor Fernández-Galiano

Resumen del capítulo 167

I. Concepto y denominación 170
II. La «conquista» de los derechos fundamentales 170
III. Caracteres de los derechos fundamentales 172
IV. Garantía de los derechos fundamentales 173
V. La positivación de los derechos fundamentales 174
VI. Clases de derechos fundamentales 176
VII. Breve reseña histórica de los derechos humanos 178
VIII. Los derechos fundamentales en la Constitución española 182
Autoevaluación 184

Capítulo X

NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS
Profesor García Garrido

Resumen del capítulo 187

I. La relación jurídica y el negocio jurídico 191
II. La familia y el matrimonio 193
III. Herencias y donaciones 200
IV. Propiedad, posesión y derechos reales 202
V. Obligaciones y contratos 207
Autoevaluación 215

PALABRAS PRELIMINARES

Una de las realizaciones más interesantes y provechosas de la Universidad Nacional de Educación a Distancia está en su Curso de Acceso, *dirigido a los mayores de veinticinco años que no están en posesión del Título de Bachiller o no han realizado las pruebas que habilitan para el ingreso en la Universidad y aspiran a seguir estudios superiores. Puede decirse que constituyen el alumnado nato y que justifican la existencia de la UNED, llamada a servir a quienes descubren una «vocación tardía» por la formación universitaria, aunque también abierta a los que, cumpliendo los requisitos de ingreso en la enseñanza superior, se ven imposibilitados de acudir a una Universidad presencial por razón de trabajo o residencia.*

El procedimiento de acceso de los mayores de veinticinco años está previsto en todas las Universidades, pero la UNED ha querido prestarles una valiosa ayuda a través de un Curso específico, facilitando a quienes lo utilizan la preparación adecuada e impartida de modo sistemático —naturalmente con arreglo a las características de la enseñanza no presencial—, mucho más eficaz que la que pudieran alcanzar por sus solos y exclusivos medios o a través de centros ajenos a la Universidad en los que, a veces, prima más la mira mercantilista que la preocupación pedagógica.

El Curso de Acceso, *como es sabido, consta de una porción de materias comunes, que deben estudiar todos los alumnos, y de unas dis-*

ciplinas dirigidas a quienes aspiran a ingresar en una carrera determinada. Entre ellas figura la de Nociones jurídicas básicas, *que deben cursar los futuros alumnos de la Facultad de Derecho.*

Hace años se nos encomendó la redacción de un texto que respondiera al programa de la asignatura, el cual ha tenido vigencia durante varios cursos. A lo largo de ese tiempo, las opiniones recogidas en los contactos con los tutores de la asignatura y con los alumnos a través de las convivencias, así como nuestra propia reflexión, nos han llevado a la convicción de que el indicado texto adolece en no pocos capítulos de un exceso de información —que hemos paliado aligerando considerablemente la materia exigible en los exámenes— y de que algunas de las materias tratadas acaso excedan del carácter introductorio de la obra mientras, por el contrario, están ausentes temas cuyo conocimiento hemos estimado apropiado para una más correcta primera aproximación al fenómeno jurídico.

Estas consideraciones nos han decidido a replantear nuestra concepción de la asignatura, lo que ha quedado plasmado en la publicación de este nuevo libro, que creemos mucho más en consonancia con la intención de la asignatura de «iniciar» en el mundo de lo jurídico y de ahí el título de Iniciación al Derecho *que le hemos dado.*

Cualquier profesional de la docencia comprenderá el esfuerzo de síntesis que hemos tenido que realizar los autores, ejerciendo un constante autocontrol —esfuerzo bastante mayor sin duda que el que nos hubiera requerido el exponer «in extenso» las respectivas materias— para conciliar en todo momento el carácter de elementalidad de la obra con el necesario rigor del que en ningún caso debíamos apartarnos.

El libro, como toda obra humana, tendrá sus defectos, mas creemos que ofrece una adecuada visión inicial del Derecho apta no sólo para los alumnos a quienes va dirigido sino para cualquier persona ajena al mundo jurídico que desee obtener una suficiente información de lo que el Derecho es y de lo que representa su constante presencia en la vida de los hombres. Que sea útil a unos y a otros es el más ferviente deseo de los autores.

M. G. G.
A. F.-G.

NOTA A LA QUINTA EDICIÓN

Persistiendo en la intención de una mejora constante de la obra —manifestada ya en las ediciones segunda y tercera—, hemos procedido en ésta a la revisión del texto e introducido dos novedades que entendemos que lo perfeccionan: la inclusión de un nuevo capítulo —el VIII—, dedicado específicamente a los aspectos procesales, y la propuesta, al final de cada lección, de una serie de preguntas con tres posibles respuestas, de las que sólo una es la correcta. Con ello se ofrece al alumno una posibilidad de autocontrol de las materias que ha estudiado, sistema que estimamos muy útil cuando se trata, como en la UNED, de una enseñanza no presencial.

LOS AUTORES

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO?

I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL DERECHO

Lo primario, en relación con cualquier cosa, es saber qué es, conocerla en sí misma. En el caso del Derecho la pregunta sobre el «qué es» resulta necesaria por dos razones:

a) Porque la gente suele tener ideas equivocadas y además peyorativas acerca del Derecho.
b) Porque el Derecho es una realidad intrínsecamente humana; vivimos «rodeados» por el Derecho

II. ALGUNOS RASGOS GENERALES DEL DERECHO

a) En el hombre se da una «intuición» de lo jurídico.
b) El Derecho ha sido un factor civilizador y cultural.
c) El Derecho hace posible una auténtica vida humana al ordenar la vida social.

III. EL DERECHO COMO REALIDAD HUMANA

El Derecho no sólo es una realidad humana, enraizada en la existencia del hombre, sino que es una realidad exclusivamente humana, de modo que no se extiende al mundo animal.

IV. EL ÁMBITO DE LO JURÍDICO

Para determinar el ámbito de lo jurídico, es decir, el sector a que alcanza la acción del Derecho, procedamos a realizar sucesivas puntualizaciones que nos llevarán,

operando por círculos concéntricos cada vez más reducidos, a concretar tal ámbito. Esas puntualizaciones son, esquemáticamente, las siguientes:

a) El Derecho es un elemento regulador de acciones.
b) De acciones realizadas por el hombre, esto es, de actos humanos.
c) De actos humanos conscientes, voluntarios y libres, es decir, conductas.
d) De conductas de alteridad, referidas a otro.
e) De conductas de alteridad que afecten al grupo de modo especial.

V. LAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO «DERECHO»

La palabra «derecho» se emplea en dos distintos sentidos:

a) Derecho como *norma*: Derecho en sentido objetivo.
b) Derecho como *facultad:* derecho en sentido subjetivo.

VI. OTROS ÓRDENES NORMATIVOS DISTINTOS DEL DERECHO

El obrar humano está regulado, además de por el Derecho, por otros dos órdenes normativos:

a) Las normas morales, que son aquellas que regulan los actos internos del sujeto y los actos externos que no afecten al orden social.
b) Las reglas del trato social (usos sociales), que son normas que prescriben el modo como debemos relacionarnos con los otros miembros del grupo social. A diferencia del Derecho, son impersonales, van acompañadas de una sanción difusa e inconcreta y carecen de imperatividad.

CAPÍTULO I

¿QUÉ ES EL DERECHO?

I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL DERECHO

Cuando nos acercamos a una realidad con ánimo de conocerla, hemos de comenzar por tratar de desentrañar lo que esa realidad es, en qué consiste, cuál es su verdadero modo de ser; actitud que contrasta con la que adoptamos ante otras realidades de las que únicamente nos interesa constatar su existencia, es decir, nos importa saber *que son* pero no *qué son, lo que son.* Ciertamente, la realidad a la que nos aproximamos para «conocerla» tendrá otros puntos de indudable interés, como su origen, su historia, su finalidad, etc., pero tales rasgos no ofrecerán demasiada utilidad si previamente no afrontamos el ser mismo de esa realidad. Eso ocurre también con el Derecho, y de ahí que, sin perjuicio de abordar en capítulos posteriores esas otras cuestiones, tengamos que empezar por tratar de responder en éste a la pregunta sobre qué es el Derecho.

Si este interrogante, previo a todo otro como acabamos de indicar, es importante respecto de cualquier objeto, en el caso de la realidad jurídica reviste un especial interés por dos razones.

La primera está en que, mientras *la gente* —en el sentido que Ortega daba al término, es decir, el común de las personas— cuando se encamina hacia una realidad para conocerla sabe muy poco o

nada de ella (la mayoría de nosotros, es decir, dejando a un lado el reducido grupo de los especialistas, ¿qué sabemos de la biología molecular, de la astrofísica, de las lenguas aglutinantes o de la arquitectura egipcia, por ejemplo?) y no tiene empacho en reconocer esa ignorancia, en cambio cuando se trata del Derecho nos encontramos con que *la gente* no sólo tiene —o cree tener— unos conocimientos, siquiera sean elementales, del mismo, sino que además éstos suelen ser equivocados; de modo que resulta obligado comenzar por desmontar esas falsas ideas para estar luego en condiciones de proceder a la construcción recta de la noción del Derecho. Y más grave aún es que esos presuntos conocimientos no sólo suelen ser erróneos sino, además, peyorativos, conformando una idea pesimista y negativa del Derecho. En efecto, si encuestásemos al «hombre de la calle» preguntándole qué entiende por Derecho, lo más seguro es que identifique éste con las ideas de multas, obligaciones, impuestos, policía, restricciones en el obrar..., de manera que lo jurídico queda delineado como algo hostil, agresivo, como un mal quizá necesario pero respecto del cual lo más conveniente es adoptar una actitud de forzado acatamiento para evitar males mayores.

La segunda razón por la que resulta urgente construir una idea adecuada del Derecho estriba en que éste constituye una realidad intrínsecamente humana, tan estrechamente unida al hombre que puede afirmarse sin exageración que una gran parte de nuestras actividades están literalmente «rodeadas» por el Derecho. Compramos el periódico, vivimos en un piso alquilado, tomamos una copa en el bar, llenamos de gasolina el depósito del coche, libramos un cheque, enviamos una carta por correo, gestionamos un crédito bancario, etc. Pues bien, todas esas actividades y otras muchas que podrían proponerse como ejemplos (y obsérvese que algunas de ellas son cosas que ejecutamos todos los días) *son jurídicas,* están reguladas por el Derecho, de modo que nuestro contacto con éste es rigurosamente cotidiano. Parece, pues, evidente, que convenga conocer una realidad que de tal suerte condiciona nuestro vivir.

II. ALGUNOS RASGOS GENERALES DEL DERECHO

Con el fin de empezar a aproximarnos al Derecho, bueno será subrayar tres rasgos del mismo que nos ayudarán a ir conformando su concepto.

1) En primer lugar, se puede hablar de la existencia en el hombre de una a modo de *intuición de lo jurídico*. Para la generalidad de las personas, el Derecho está constituido por las normas y preceptos contenidos en las leyes, los Decretos, los bandos del Alcalde y demás manifestaciones del poder a todos sus niveles. Ese es, en efecto, el llamado *Derecho positivo,* pero no podemos pensar que lo jurídico se agota en el mismo, ya que, con independencia de ese Derecho positivo, la idea de lo jurídico anida en el espíritu humano desde que éste empieza a abrirse al mundo: adviértase la firmeza con que el niño defiende aquello que considera como «suyo», esto es, de su propiedad, o la irritación que le produce el ser castigado injustamente (y «propiedad» y «justicia» son conceptos eminentemente jurídicos). Más clara aún se evidencia esta *intuición de lo jurídico* en el hombre adulto: el más analfabeto labriego se opone a que otro invada sus tierras porque, aunque no conoce ninguna ley ni nadie acaso le haya hablado del Derecho, sabe perfectamente que eso «no debe» producirse.

2) La consideración más elemental del Derecho ve éste como un orden normativo, es decir, como algo que manda la realización de determinadas conductas y prohíbe otras. Sin embargo, la función que el Derecho ha realizado en la historia le sitúa muy por encima de esa primaria visión, ya que ha constituido a lo largo del tiempo un *factor civilizador y cultural* de singular importancia. Gracias al Derecho, las relaciones entre los hombres han ido perdiendo agresividad; la rudeza de los tiempos primitivos, en que triunfaba siempre el más fuerte sobre el más débil, ha sido sustituida por un sistema en que el imperio de lo jurídico ha hecho posible que el débil pueda enfrentarse al fuerte e imponerse al mismo cuando tiene de su parte la razón del Derecho. De la mano de éste, se han ido introduciendo factores éticos en las relaciones intersubjetivas, cooperando de modo decisivo al progreso cultural y al avance del proceso civilizador y siendo uno de los elementos que han permitido el tránsito de la sel-

va a la ciudad, de grupos humanos regidos por la razón de la fuerza a sociedades presididas por la fuerza de la razón. No en balde se ha dicho que nuestra cultura occidental se asienta sobre tres bases, una de las cuales es jurídica: el cristianismo, la filosofía griega y el Derecho romano.

3) Mencionemos, en fin, el hecho de que *el Derecho posibilita la auténtica vida humana*. El hombre es un ser que viene al mundo cargado de posibilidades, de potencialidades de toda índole (espirituales, culturales, intelectuales y materiales), cuyo paulatino desarrollo, su puesta en práctica, hacen que cada vez sea «más hombre», esto es, tenga una existencia más auténticamente humana. Pero el desenvolvimiento de esas posibilidades requiere, claro está, que el sujeto se encuentre con un medio adecuado: ¿hubiera dado frutos el talento de Fleming o de *madame* Curie si hubieran nacido en un grupo subcultural y semianalfabeto?; ¿escucharíamos hoy las bellísimas composiciones de Mozart si su padre no hubiera sido músico y no le hubiese enseñado armonía desde niño?

Con independencia de circunstancias concretas, como en los ejemplos señalados, puede afirmarse de modo general que la actualización de las potencialidades humanas necesita una condición previa sin la que resulta imposible esperar un desenvolvimiento de las mismas: tal condición es que el sujeto viva en el seno de la convivencia social, pues únicamente ésta le proporciona los medios aptos para un integral desarrollo de su personalidad. El mito de Robinson Crusoe evidencia que el hombre aislado se halla radicalmente limitado en todas sus dimensiones. Por eso, el ser humano ha adoptado desde siempre una forma de vida colectiva, sin que entremos en este momento en la cuestión de si la convivencia social es fruto de una tendencia natural o consecuencia de un pacto o convenio; nos limitamos a dejar constancia de la permanente existencia de grupos humanos, sociales, desde los albores de la historia.

Mas la sociedad, el grupo, es inconcebible sin el Derecho, que es el que determina lo que cada uno puede hacer y lo que debe tolerar que hagan los demás, el que establece las reglas de juego en las relaciones entre los miembros del grupo, el que, en fin, ordena la vida

social. Sin reglas jurídicas resultan sencillamente impensables las sociedades humanas; dichas reglas serán muy simples e imperfectas cuando se trate de colectividades primitivas, o complejas y tecnificadas en grado sumo como las que se dan en las sociedades de nuestros días, pero siempre existirán. Eso es lo que se quiere expresar en el viejo aforismo *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius:* donde hay hombre hay sociedad, donde hay sociedad hay Derecho.

De todo lo anterior se deduce fácilmente la conclusión a que queríamos llegar: si una vida auténticamente humana sólo puede darse dentro del grupo social y si esta forma de vida necesita inexcusablemente una ordenación jurídica, el Derecho se nos presenta como un factor imprescindible para la realización de esa forma plena del vivir de los hombres.

III. EL DERECHO COMO REALIDAD HUMANA

La afirmación que acabamos de hacer lleva implícita una idea que conviene explayar para dejar patente una condición muy relevante del Derecho: la de que éste es *una realidad humana,* es decir, una realidad con la que necesariamente tiene que contar el hombre. El Derecho es para el hombre una circunstancia tan enraizada en su existencia que podría llevarse a la definición de éste como una nota conceptual y, así como Aristóteles dijo del hombre que era un animal político, afirmar que se trata de un «animal jurídico».

Pero no basta con decir que el Derecho es una realidad humana, sino que hay que ir más allá y afirmar que se trata de *una realidad exclusivamente humana*, sin que se hayan dado razones sólidas que avalen la tesis por algunos sostenida de que lo jurídico alcanza también al mundo animal, hablándose de una llamada *justicia subhumana.* Se citan al efecto ciertos precedentes históricos de procesos judiciales instruidos a las langostas que asolaban los campos o a las sanguijuelas que infestaban las aguas; pero tales ejemplos no son sino meras anécdotas propias de la superchería de tiempos remotos y que hoy no suscitan más que una indulgente sonrisa.

Más serio es este otro argumento que con frecuencia se ha utilizado: nosotros, los hombres, tenemos deberes jurídicos para con los animales; por ejemplo, si en un parque zoológico la autoridad competente dicta una norma en virtud de la cual se prohíbe hostigar a aquéllos, es claro que el visitante tiene la obligación jurídica de acatar la norma; pero como a todo deber se corresponde un derecho, esa obligación hace nacer el derecho correlativo, cuya titularidad habrá de atribuirse a los animales, que son, en definitiva, los beneficiarios del cumplimiento de dicha obligación. Pero el argumento encierra una falacia: la obligación, ciertamente jurídica, que la prohibición genera en el visitante vincula a éste con la autoridad que la formuló —que es quien puede exigir el acatamiento de la misma—, no con los habitantes del zoológico. O, dicho de otro modo, el deber jurídico, en el caso que nos ocupa, no se tiene *para con* los animales, sino *con ocasión de* los animales.

IV. EL ÁMBITO DE LO JURÍDICO

Estamos ocupados en la tarea de describir qué sea el Derecho dando una idea primaria del mismo, idea que en los capítulos siguientes se irá perfilando cada vez más; y hemos comenzado, en el epígrafe segundo, por señalar tres rasgos bastantes significantes. Mas para describir una realidad no es suficiente decir cómo es, sino que es preciso asimismo delinear su contorno, es decir, fijar su extensión o contenido, lo que en nuestro caso nos obliga a referirnos al ámbito que el Derecho comprende.

Páginas atrás afirmamos que el Derecho preside y regula una gran parte de nuestros actos cotidianos. Vamos ahora a determinar cuáles son esos actos sobre los que aquél se proyecta, con lo que habremos determinado su ámbito, extensión o contenido. Para ello, vamos a utilizar el método que Sócrates solía emplear: la *mayéutica,* consistente en que el filósofo iba haciendo preguntas al interlocutor hasta llevarle al hallazgo de la verdad, ayudándole a descubrirla (por eso afirmaba el pensador ateniense que su arte —la mayéutica— era el mismo que practicaba su madre, Fenaretes, que era comadrona, con la diferencia de que ella ayudaba a parir cuerpos y él ayudaba a parir ideas).

Situémonos, pues, como Sócrates en un ágora de Atenas, y preguntemos a alguien que pase por la calle cuál es la función que el Derecho realiza. Lo probable es que responda, de un modo vago, que el Derecho es aquello que obliga a hacer ciertas cosas y prohíbe otras. Si, apoyándonos en su respuesta, le interrogamos: ¿podríamos decir entonces que *el Derecho es un elemento regulador de acciones?*, casi seguro que nos contestará que, efectivamente, así es.

Pero —le haremos ver a nuestro supuesto coloquiante— también son acciones las que realiza la naturaleza: la erupción de un volcán, la marea o la producción de frutos por un árbol son igualmente acciones y no parece que sean objeto del Derecho (¡ojalá pudiéramos regularlas mediante leyes!), luego es necesario precisar un poco más el término «acciones». Como es natural, dirá él, nos referimos sólo a las acciones realizadas por el hombre, de manera que el Derecho es un elemento regulador de acciones humanas. Traduciendo su respuesta en términos más técnicos y puesto que las acciones humanas reciben el nombre de *actos,* propondremos la fórmula de que *el Derecho es un orden regulador de actos humanos,* lo que con toda probabilidad nos admitirá el hipotético conversador.

Hemos progresado, y no poco. Sin embargo, observaremos, hay muchos actos que el hombre realiza y que ni de lejos podemos considerarlos como objeto de la normación jurídica: baste recordar, como ejemplos, diferentes manifestaciones biológicas como la secreción glandular, la circulación sanguínea, el crecimiento o la asimilación de los alimentos. Tenemos, por tanto, que puntualizar de algún modo los actos del hombre que son regulables por el Derecho para que quede excluida de éste ese otro tipo de actividad aludida en los ejemplos mencionados. Ante esta nueva objeción, nuestro interlocutor alegará sin duda que los tales actos son realizados, ciertamente, por el hombre, pero no son exclusivamente suyos dado que los mismos se producen también en los animales: y que parece claro que el Derecho sólo pretende regular los actos que son propios del hombre, los que éste realiza en cuanto tal hombre. Atinada respuesta que puliremos un tanto con el ropaje del lenguaje filosófico para concluir diciendo que *el Derecho es un orden regulador de actos conscientes, voluntarios y libres,* o bien, si queremos ser más preci-

sos, un *orden regulador de conductas,* entendiendo por «conducta» el acto (o conjunto de actos) que se realiza pudiendo haber ejecutado otro.

Aunque el punto a que hemos llegado delimita ya bastante bien el ámbito de lo jurídico, aún hemos de formular algunas preguntas a quien, a estas alturas, será ya casi nuestro amigo: si el Derecho regula conductas, ¿regulará también un pensamiento, un deseo, la evocación de un recuerdo o, simplemente, el acto de fumarnos un cigarrillo mientras leemos un libro en la soledad de nuestra habitación, ya que todos esos actos son conductas? A poco que aquél piense sobre lo que ahora le planteamos, caerá en la cuenta de que los ejemplos propuestos se refieren a actos que realizamos «solos», para la ejecución de los cuales no necesitamos de ninguna otra persona, mientras que hay otro tipo de actividad que, para llevarse a cabo, exige inexcusablemente la presencia de otro, un otro repecto del cual realice yo la acción: no puedo ser comprador si no hay un vendedor, no puedo ser acreedor si no existe un deudor, no puedo dar una bofetada o un abrazo sin alguien que reciba la agresión o la muestra de afecto.

Esta distinción, técnicamente formulada, es la que divide los actos humanos en actos *inmanentes* y actos *transeúntes*. Los primeros son aquellos que comienzan y terminan, por así decirlo, en el propio sujeto, permaneciendo en él («inmanente» procede del verbo latino *manere,* permanecer) y sin que afecten a ningún otro; en tanto que los transeúntes (del latín *transire,* pasar de un lado a otro) son actos que no pueden ejecutarse sino en el seno de la convivencia social, puesto que transitan o trascienden desde el sujeto que los realiza hasta otro hacia el que van dirigidos, característica que permite denominarles también *actos de alteridad,* puesto que se dirigen a «otro» a un *alter* distinto del sujeto actor. De suerte que estamos en condiciones de perfeccionar aún más la primitiva definición afirmando que *el Derecho es un acto regulador de conductas de alteridad.*

Es probable que, llegados a este punto, nuestro hombre se sentirá satisfecho al suponer que ha llegado por fin a descubrir un concepto correcto del Derecho. Sin embargo, no tenemos más remedio

que enfrentarle a una nueva —la última— objeción. Si el Derecho regula los actos de convivencia o de alteridad, ¿debemos entender que afecta, por ejemplo, a la amistad, que evidentemente es una relación entre personas, es decir, una relación constituida por actos de alteridad? Parece que no; y desde luego no se conoce ninguna norma jurídica reguladora de esa relación. O, en otro ejemplo, el Derecho se desentiende (no regula) de lo que ocurra en una relación amorosa entre un hombre y una mujer, pero en cambio se hace presente cuando tal relación queda plasmada en un matrimonio, que sí cuenta con regulación jurídica. ¿Qué razones hay para que unas relaciones de convivencia estén sujetas al Derecho y otras no, para que éste se interese por lo que pueda ocurrir en unas relaciones mientras que no se ocupa de lo que pueda ocurrir en otras?

Acaso a esta pregunta no sepa respondernos el interlocutor y habremos de ayudarle haciéndole ver que determinadas relaciones son en absoluto indiferentes al grupo, a la sociedad, por muy importantes que puedan ser en el orden personal para los sujetos que en ellas intervienen, y es este «desinterés social» el que motiva el «desinterés jurídico», la no regulación por el Derecho de las tales relaciones. Volviendo a uno de los ejemplos propuestos, si un noviazgo se rompe, el hecho será tal vez doloroso para los interesados o para alguno de ellos, pero a la sociedad, al grupo, le importa bien poco lo acontecido, lo considera intrascendente desde el punto de vista social. Si la quiebra se produce, en cambio, en una relación matrimonial, el conjunto social sí se muestra interesado: puede haber hijos del matrimonio cuyo destino habrá que determinar, acaso existan deudas contraídas por la sociedad conyugal y que afectan, por tanto, a los acreedores, habrá que decidir el destino del domicilio que hasta ese momento hayan compartido los cónyuges, etc. Es decir, que existen relaciones (con sus correspondientes actos integrantes) que interesan o afectan al grupo —en general, por sus repercusiones sobre terceros— y otras que no suscitan ese interés, hasta el punto de no merecer la atención del Derecho. Así las cosas, estamos en condiciones de ofrecer a ese hombre de la calle que nos ha ido siguiendo en nuestros razonamientos esta noción del Derecho: *un orden regulador de conductas de convivencia o alteridad que afectan o interesan al grupo de modo especial.*

Como antes se dijo, este concepto así enunciado es puramente elemental y primario y requiere no pocas matizaciones y adiciones que se irán abordando en los capítulos siguientes, mejorándolo y completándolo; pero creemos que es suficiente, de momento, para orientar y situar a quienes por primera vez se acercan a esa realidad compleja que es el Derecho.

V. LAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO «DERECHO»

No quedaría completa esta primera aproximación a lo jurídico si no aclarásemos que la palabra *Derecho* no siempre se emplea con el mismo sentido, pudiendo por tanto hablarse de una pluralidad de acepciones de la misma. Aunque son varias, algunas de ellas tienen un uso tan restringido (como hablar, por ejemplo, de los *derechos* u honorarios de un profesional) que no merece la pena considerarlas aquí, limitándonos a señalar dos que sí tienen una verdadera trascendencia.

Por un lado, se utiliza el término en cuestión para designar la norma, el mandato, lo que prohíbe o prescribe estos o aquellos comportamientos. En este sentido hemos empleado *Derecho* en los apartados anteriores, siendo ésta la acepción objetiva o *Derecho en sentido objetivo*.

Pero con gran frecuencia utilizamos también la palabra con otra significación muy diferente de la objetiva. Cuando afirmamos, por ejemplo, que el ciudadano tiene derecho a votar en unas elecciones o que el casero tiene derecho a que el inquilino le abone el precio del arrendamiento, es claro que no estamos haciendo alusión a norma alguna —al Derecho en sentido objetivo— sino a una *facultad* o *poder* que una persona tiene para hacer algo (votar, exigir el pago del alquiler); es decir, a una posibilidad de actuación que ostenta el sujeto, razón por la cual se la denomina *derecho subjetivo*. Por supuesto, todo derecho subjetivo se apoya y ampara en una norma, en el Derecho objetivo (yo no podría votar si la legislación electoral no me reconociera esa posibilidad; el casero no tendría capacidad para exigir el canon arrendaticio de no existir una norma que se la otorga), mas es evidente que son cosas bien distintas: el Derecho objeti-

vo se me da, está «fuera de mí», mientras que el derecho subjetivo es algo que poseo, que está «en mí». Si bien el contexto en que se utilice el término nos aclarará, de ordinario, el sentido que se le está dando, puede acudirse, para evitar toda posible confusión, al criterio gráfico de escribir *Derecho* con mayúscula para referirnos a la *norma,* al Derecho *objetivo,* y *derecho* con minúscula para hablar de la *facultad,* del derecho *subjetivo.*

En el capítulo siguiente haremos un amplio examen tanto del Derecho objetivo como del subjetivo.

VI. OTROS ÓRDENES NORMATIVOS DISTINTOS DEL DERECHO

En el apartado cuarto hemos acotado la esfera en que actúa el Derecho, dejando fuera de su radio de acción una porción de comportamientos o conductas que no son objeto de regulación jurídica. Procede ahora aclarar que no por ello estas conductas no se hallan sujetas a norma alguna, lo que equivale a afirmar que sobre el obrar humano operan otras normatividades distintas del Derecho, de las que es conveniente dar una noción, aunque sea somera, para evitar toda confusión entre las normas jurídicas y esas otras modalidades normativas.

La doctrina está de acuerdo, en efecto, en que la actividad humana (no hay que olvidar que nos referimos siempre a los actos auténticamente humanos, es decir, a los realizados de modo consciente y libre) está regulada por tres tipos distintos de normas: las jurídicas, las morales y las reglas del trato social. Vamos a fijarnos en las dos últimas examinando en qué se distinguen de las primeras para contribuir así a una mejor delimitación del concepto del Derecho, que es en definitiva lo que nos importa, de modo que, en presencia de una norma, sepamos identificarla como norma jurídica.

1) *Normas jurídicas y normas morales.* Que existen *normas morales* es algo que nadie pone en duda, aunque no sea más que por el testimonio histórico, pues en todos los pueblos han existido prescripciones éticas, generalmente vinculadas al fenómeno religioso. Y

no es menos cierto que, por regla general, cualquiera es capaz de identificarlas *en la práctica* sin posible confusión con las normas jurídicas. Pero, por extraño que parezca, la dificultad empieza cuando lo que se busca es una diferenciación *teórica* entre Moral y Derecho, hasta el punto de que, durante siglos, numerosos autores han ofrecido un abundante repertorio de posibles criterios distintivos entre ambas normatividades. El tema ha sido tan controvertido y presenta tales dificultades que un autor alemán, Ihering, decía de él que era «el Cabo de Hornos de la ciencia jurídica», es decir, un peligroso escollo que provocaba el naufragio de muchas doctrinas.

No podemos entrar aquí en una cuestión tan prolija y tan debatida, por lo que nos limitaremos a decir que, de entre los criterios enunciados, acaso el más convincente sea el que se basa conjuntamente en los conceptos de *interioridad* o *exterioridad* de las acciones y en el de *socialidad,* entendiendo por tal la referencia al orden social. Con arreglo a este punto de vista, normas morales serán, en principio aquellas que regulan los actos humanos *interiores,* los que se producen en la intimidad del sujeto (un sentimiento, un deseo), que son actos que llamábamos páginas atrás inmanentes, carentes por tanto de alteridad, en tanto que las normas jurídicas se ocupan únicamente de los actos exteriores, los producidos en lo que Tomasio llama el «fuero externo» del sujeto.

Pero este criterio por sí solo no basta para llegar a una distinción entre ambos tipos de normas y hay que combinarlo, como antes dijimos, con el de la referencia al orden social. Porque, en efecto, hay acciones externas que, pese a serlo, están sujetas al ordenamiento moral —como es el caso, por ejemplo, de la limosna que se da a un menesteroso— y que carece de toda regulación jurídica porque no afectan al orden social, al buen funcionamiento del grupo. Diremos, por consiguiente, que las normas jurídicas son aquellas que se ocupan de los comportamientos externos que atañen al perfeccionamiento de la vida del grupo y normas morales: *a)* las que regulan la actividad interna del sujeto y *b)* aquellos actos exteriorizados que tienen que ver sólo con el perfeccionamiento ético del sujeto.

El dato de la socialidad es tan relevante que a veces una misma acción cae bajo el orden jurídico o bajo el moral según que, respec-

tivamente, tenga o no repercusiones en el orden social. Así, la mentira está proscrita por las normas morales; pero si alguien miente a otro asegurándole que le vende un objeto de plata cuando es mera hojalata, ese engaño recibe ya tratamiento jurídico y el Derecho penal lo califica como estafa.

2) *Normas jurídicas y reglas del trato social.* Se llaman *reglas del trato social* (y también *usos sociales*) determinadas pautas de conducta a las que de ordinario se sujetan los hombres en sus relaciones con los demás miembros del grupo. Los ejemplos son interminables: hacemos un regalo a quien contrae matrimonio, damos el pésame al que ha sufrido la pérdida de un familiar, felicitamos a quien ha obtenido un éxito, cedemos el asiento a las señoras, nos comportamos en la mesa con arreglo a ciertos módulos, vestimos de distinto modo según donde vayamos, etc.

Si estos usos fueran simples modos habituales de obrar, es decir, no fueran normas, no se plantearía la necesidad de distinguirlas de las jurídicas, pero es el caso que tienen condición normativa, que son auténticas normas y por ello, como nos ocurría con las morales, hemos de saber dintinguirlas de aquéllas. Afirmamos que son normas porque generan en el sujeto una *obligación;* cuántas veces nos produce fastidio realizar una visita o ponernos la corbata para acudir a una ceremonia, pero lo hacemos porque somos conscientes de que *debemos* hacerlo, de que estamos obligados a ello. Ahora bien, las obligaciones sólo nacen si existe una norma que nos dicta la conducta a realizar, luego *las reglas del trato social son efectivamente normas.*

Pero, lo mismo que sucedía en el caso de las normas morales, también aquí está clarísimo para todos *en la práctica* cuándo estamos ante una norma jurídica y cuándo ante un uso social, pero la distinción *teórica* o *doctrinal* no es nada fácil e igualmente ha dado lugar a múltiples teorías. En un intento simplificador, las diferencias entre uno y otro tipo de normas son las siguientes:

1) Las normas jurídicas (salvo en el caso específico de las consuetudinarias) han sido promulgadas por el legislador, en tanto que las reglas del trato social han nacido de modo espontáneo, sin que sean atribuibles a nadie en particular, sino a la generalidad del

grupo; por eso, nos referimos a ellas con el impersonal «se»: cuando un color está de moda —la moda es un uso social muy característico—, es porque «*se* lleva mucho»; todos sabemos que hay conductas que «no *se* practican en público», etc.

2) Las normas jurídicas señalan siempre la sanción concreta que recaerá sobre quien las infrinja y el alcance de esa sanción. El quebrantamiento de un uso social acarrea también sanción, pero ésta es difusa, pues suele consistir en la descalificación por el grupo del infractor (la gente hace el vacío, rechaza a quien se comporta groseramente), y no está cuantificada, ya que unas veces el rechazo es mayor y otras, menor.

3) Las normas jurídicas se aplican siempre, quiera o no quiera el obligado, en tanto que los usos sociales carecen de esa imperatividad, de modo que si un sujeto se decide a incumplirlos, arrastrando las consecuencias sociales que de ello se deriven y sin importarle lo que de él pueda opinarse, nadie puede forzarle a comportarse de acuerdo con los mismos.

AUTOEVALUACIÓN

La intuición de lo jurídico es atributo de:

- ☐ A) Pocas personas.
- ☐ B) Sólo de juristas.
- ☐ C) Todos los hombres, tanto niños como adultos.

Se llama Derecho positivo:

- ☐ A) Al formado por normas favorables para el ciudadano.
- ☐ B) Al formado por normas dictadas por el legislador.
- ☐ C) Al constituido por usos y costumbres.

Se ha afirmado que la cultura occidental se asienta en tres bases:

- ☐ A) El cristianismo, la filosofía griega y la cultura medieval.
- ☐ B) El cristianismo, la filosofía griega y el derecho romano.
- ☐ C) La filosofía griega, la cultura medieval y el derecho actual.

Una de las condiciones relevantes del Derecho es que:

- ☐ A) Es una realidad exclusivamente humana.
- ☐ B) Alcanza también al mundo animal.
- ☐ C) Es una realidad universal.

El Derecho es un orden regulador de actos:

- ☐ A) Conscientes, voluntarios y libres.
- ☐ B) Impuestos y forzosos.
- ☐ C) Arbitrarios y despóticos.

Actos inmanentes son:

- ☐ A) Los que comienzan y terminan en el mismo sujeto.
- ☐ B) Los actos de alteridad.
- ☐ C) Los que se realizan sin efecto jurídico.

Actos transeúntes son:

- ☐ A) Los que se ejecutan en el seno de la convivencia social.
- ☐ B) Los que comienzan y terminan en el propio sujeto.
- ☐ C) Los que se dirigen a otro.

Una de las funciones del Derecho es:

- ☐ A) Elaborar los códigos.
- ☐ B) Vigilar el funcionamiento de la Constitución.
- ☐ C) Regular conductas de convivencia.

El Derecho en sentido objetivo hace referencia a:

- ☐ A) Una facultad del sujeto.
- ☐ B) El sentido de lo justo.
- ☐ C) La norma jurídica.

El Derecho en sentido subjetivo significa:

- ☐ A) Facultad de la persona para hacer o exigir algo.
- ☐ B) Lo que prescribe un comportamiento.
- ☐ C) El instinto jurídico.

Normas jurídicas son:

- ☐ A) Las que regulan los actos humanos interiores.
- ☐ B) Las que regulan los actos humanos exteriores.
- ☐ C) Las que regulan los actos irrelevantes.

Normas morales son:

- ☐ A) Las normas sociales.
- ☐ B) Las que nacen de la costumbre.
- ☐ C) Las que regulan los actos humanos interiores.

Las normas jurídicas se distinguen de las normas morales:

- ☐ A) Por su carácter natural.
- ☐ B) Porque se ocupan de los actos exteriores.
- ☐ C) Porque no tienen sanción.

Las reglas del trato social son:

- ☐ A) Auténticas normas.
- ☐ B) Las que regulan la actividad interna del sujeto.
- ☐ C) Las que regulan actos irrelevantes.

Las normas jurídicas se distinguen de los usos sociales:

- ☐ A) Por ser promulgadas por los legisladores.
- ☐ B) Por ser voluntarias.
- ☐ C) Por ser más frecuentes.

CAPÍTULO II

¿CÓMO ES EL DERECHO?

Distinguimos entre descripción del Derecho objetivo y del derecho subjetivo.

I. DESCRIPCION DEL DERECHO OBJETIVO

Las notas o caracteres del mismo son:

1. *Generalidad.* El Derecho se manifiesta por encima y con independencia de los casos particulares que la realidad presenta.
2. *Imperatividad.* El Derecho no ruega, aconseja ni sugiere, sino que manda, es un imperativo que produce obligación, en quien lo recibe, de actuar conforme a lo prescrito en la norma.
3. *Alteridad.* El Derecho se proyecta sobre relaciones establecidas entre dos o más personas. El Derecho no puede existir sin la sociedad ni la sociedad sin el Derecho.
4. *Coercibilidad.* El Derecho ha de cumplirse siempre, recurriendo incluso a la fuerza si fuera necesario. La fuerza aquí aludida es la fuerza que ejerce el Estado. La fuerza no parece ser elemento esencial del Derecho. Se distingue entre *coacción,* imposición forzosa del Derecho, y *coercibilidad,* posibilidad de imposición forzosa del Derecho.

II. LA DESCRIPCION DEL DERECHO SUBJETIVO

1. *Los elementos del derecho subjetivo. Su concepto*

Tres elementos integran la noción del derecho subjetivo:

a) Es un *poder* o *facultad* del sujeto.
b) Se ejerce siempre sobre otro sujeto, de modo que se da correlación entre

facultad y *obligación*, entre *derecho* y *deber*. La obligación o deber puede consistir en hacer o no hacer algo.

c) Se fundamenta siempre en una norma.

Con estos tres elementos se construye la definición del derecho subjetivo.

2. *El contenido del derecho subjetivo.*

Dos elementos constituyen el contenido del derecho subjetivo:

a) El *disfrute* es la perspectiva interna del derecho: proporciona a su titular el goce y la utilidad de ejercerlo.

b) La *pretensión* es la perspectiva «hacia fuera» del derecho; el titular del derecho se dirige a otro pretendiendo o exigiendo de él una determinada conducta.

3. *Clases de derechos subjetivos*

Varían según el criterio clasificatorio que se utilice.

A) Clasificación clásica:

a) Derechos *reales*, en los que el sujeto obligado está indeterminado.

b) Derechos de *obligación*, que se ejercen sobre sujetos perfectamente individualizados.

B) Clasificación moderna:

a) Derechos *de libertad*, en los que la voluntad del titular del derecho tiene escasa relevancia.

b) Derechos de *pretensión*, en los que la voluntad del titular es decisiva.

c) Derechos de *modificación jurídica*, por los que se da nacimiento a nuevas situaciones jurídicas o se modifican o extinguen las ya existentes.

4. *Los sujetos del derecho*

Hay que distinguir entre sujeto *activo*, que es el titular del derecho, quien ostenta la facultad, y sujeto *pasivo*, el que soporta el deber u obligación. Sólo el hombre es sujeto –activo o pasivo– de derechos (salvo el caso de las llamadas «personas jurídicas»). No existen derechos sin sujeto; los casos que suelen plantearse son, realmente, supuestos de derechos con titular temporalmente indeterminado.

5. *La persona como sujeto del derecho*

El sujeto del derecho se denomina *persona*. Concepto vulgar: persona es miembro de la especie humana. Concepto jurídico: persona es titular de derechos, comprendiéndose aquí la persona *individual* y la persona *colectiva*. (Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones).

6. *El objeto del derecho subjetivo*

Es aquella realidad sobre la que el derecho se proyecta: la *cosa* sobre la que recae el derecho. Quedan excluidos: el hombre, los derechos humanos, las realidades inaprensibles, las cosas fuera de comercio y las cosas comunes.

CAPÍTULO II

¿CÓMO ES EL DERECHO?

En el capítulo anterior dábamos una definición del Derecho, pero advirtiendo que la misma era, por así decirlo, provisional y que desde luego requería ulteriores puntualizaciones con las que se iría mejorando aquella primera noción. Ahora es el momento de hacerlas mediante una descripción del fenómeno jurídico.

Una cosa es *definir* y otra distinta *describir*. Cuando definimos algo nos proponemos decir *qué* es la cosa que estamos considerando, mientras que si la describimos lo que hacemos es expresar *cómo* es esa cosa. Si digo del hombre que es un animal racional, lo estoy definiendo, pero si afirmo que se trata de un mamífero bípedo, dotado de entendimiento y que posee una tendencia a vivir agrupado con sus congéneres, lo que hago es describirlo. Como se ve, la definición intenta referirse a un objeto de modo abstracto, independientemente de su manifestación real, en tanto que la descripción se fija en ese objeto pero considerándolo tal como se da en la realidad. Si quisiéramos expresarnos en términos filosóficos diríamos que la definición atiende a lo esencial y la descripción a lo existencial o fenoménico.

La descripción de lo jurídico la abordamos desde la doble perspectiva del Derecho objetivo y del derecho subjetivo a la que nos referimos en el apartado V del capítulo precedente.

I. LA DESCRIPCION DEL DERECHO OBJETIVO

Parece que para describir un objeto el mejor camino es señalar las notas o *caracteres* del mismo, es decir, aquellas circunstancias o rasgos que, por darse siempre en el objeto, lo identifican sin lugar a dudas y nos ayudan a tener un mejor conocimiento de él. La doctrina no es unánime a la hora de determinar cuáles sean los caracteres del Derecho objetivo, por lo que aquí nos limitaremos a examinar aquellos en los que suele haber mayor conformidad entre los autores.

1. *La generalidad*

Es un error bastante frecuente, contra el que hay que precaverse, considerar que la nota de generalidad apunta al hecho de que el Derecho se da para todos de un modo idéntico. No hay tal. Por generalidad debe entenderse aquel carácter en virtud del cual el Derecho se manifiesta por encima y con independencia de los casos particulares que la realidad presenta. La vida cotidiana ofrece numerosísimas situaciones concretas: ¿cuántos millones de compraventas o de matrimonios se celebran? Es obvio que el Derecho no puede regular de modo particularizado cada uno de estos actos, no puede dar una norma concreta y específica para la compraventa que A y B realizan o para el matrimonio que contraen X y Z, sino que, elevándose sobre lo singular, regula en abstracto, *en general,* la compraventa y el matrimonio, aplicándose sus disposiciones a todas las innumerables relaciones de esos tipos que vayan estableciéndose en la vida real.

Por decirlo de un modo gráfico, el Derecho configura una serie de tipos o «personajes» jurídicos abstractos (el comprador, el vendedor, el padre de familia, el arrendatario, el alcalde, el capitán de buque, el concesionario administrativo, el trabajador, el hipotecante, etc.), a cada uno de los cuales le atribuye unas facultades y unos deberes; cuando en la vida real una persona concreta se inviste de uno de esos tipos, se subsume en él, le son de aplicación, ya de modo particularizado y personal, aquellas facultades y obligaciones

que de manera generalizada la norma asignaba al «tipo». Si, por ejemplo, yo convengo con otro en venderle una casa, en el momento en que ambos manifestamos nuestra voluntad, firmando un documento privado o una escritura pública, nos convertimos en «vendedor» y «comprador», respectivamente, y desde ese instante nos son de aplicación cuantas normas regulan la compraventa y, por tanto, soy titular de unos determinados derechos (como reclamar el pago, si no lo ha realizado el comprador) y de unas ciertas obligaciones (como hacerle entrega de la cosa vendida).

Estamos aquí ante una situación muy similar a la que se produce en el mundo del teatro. Por ejemplo, al crear Zorrilla el personaje de Don Juan Tenorio, le dota de un modo de ser, de unas pasiones y de una vida; cada vez que se representa la obra, el actor que encarna el papel de Don Juan dice sus palabras, comete sus fechorías y revive sus sentimientos. De modo que se podría decir que el personaje literario posee generalidad, que luego se concreta, se particulariza, en diferentes actores al representar éstos el drama.

Para que la generalidad sea efectiva, es decir, para que la norma general pueda aplicarse a los casos particulares, es necesario que la conducta que ella contempla responda a lo que podríamos llamar actitud ordinaria o corriente del grupo. Por ello, el Derecho ha de tener en cuenta la experiencia social, llevando a la norma, para constituirlo en tipo genérico, aquello que de modo más constante o común se manifiesta en las relaciones entre los hombres del medio social que va a regular, como ya advirtiera Aristóteles cuando afirmaba que «es necesario que la legislación se acomode al tipo medio de los hombres»; idea que se manifiesta también en Justiniano, para quien las normas recogen «aquellas cosas que suceden más frecuentemente». Así, por ejemplo, cuando un ordenamiento jurídico fija la mayoría de edad en los dieciocho años es porque esa es la edad en que —al menos en el cuerpo social para el que se dicta la norma— el hombre es capaz de dirigirse por sí mismo. Con toda probabilidad habrá casos precoces que, antes de dicha edad, posean una madurez suficiente para su autogobierno, y otros que, por el contrario, lleguen a aquel momento con una mentalidad atrasada; pero uno y otro supuesto constituyen excepciones, son minoritarios y su existencia no impide afirmar que *por lo general* los dieciocho años representan la

edad en que las personas adquieren capacidad suficiente para regir sus actos.

2. *La imperatividad*

El Derecho se propone ordenar de determinada manera las relaciones sociales, por lo que se comprende que su realización no puede quedar al arbitrio de los particulares, que quieran o no dar cumplimiento a las normas. Una sociedad en que la eficacia del Derecho dependiera de la buena voluntad de los ciudadanos sería pura y simplemente imposible. Es, pues, necesario, que las voluntades particulares estén vinculadas u obligadas por el Derecho, lo que sólo se logrará si éste está investido de *imperium,* si es un auténtico mandato en sentido pleno, es decir, si posee *imperatividad.*

Decir que el Derecho está revestido de imperatividad es afirmar que no invita a obrar, no ruega, no aconseja, no sugiere, sino que, lisa y llanamente, *manda,* estableciendo de manera taxativa lo que se ha de hacer y lo que no se ha de hacer. Pero, ¿cómo manda el Derecho? Porque un mandato, en términos generales, es la manifestación de una voluntad dirigida a otro para que ejecute el contenido de esa voluntad; si yo digo a un amigo «dame ese libro», estoy, ciertamente, formulando un mandato, pero tanto yo como quien lo recibe sabemos que sólo se cumplirá si éste quiere, ya que no está *obligado* a entregarme el libro. En una palabra, tal mandato no posee imperatividad. En cambio, el mandato del Derecho es un mandato con carácter imperativo porque está formulado por quien tiene autoridad para ello y dirigido a quienes se hallan vinculados por una obligación de obediencia, lo que no ocurre en el ejemplo propuesto.

Los mandatos imperativos del Derecho se refieren siempre a conductas —bien mandándolas o bien prohibiéndolas—, por lo que un precepto que no haga referencia a un comportamiento, que no mande ni prohíba nada, no es propiamente un precepto jurídico, aunque se halle inserto en un texto legal. Tal sucede en las llamadas *normas de organización,* de las que nos ocuparemos en el capítulo cuarto; históricamente se recuerda algún ejemplo famoso, como una

Ley formulada por la Asamblea revolucionaria francesa en 1789 en la que se proclamaba que «el pueblo francés reconoce la existencia del Ser Supremo y la inmortalidad del alma».

3. *La alteridad*

Se entiende por alteridad aquel carácter en virtud del cual el Derecho sólo se proyecta sobre relaciones establecidas entre dos o más sujetos, es decir, cuando la acción de un sujeto está realizada respecto de *otro*, dirigida hacia otro (en latín, *alter,* y de ahí el nombre de *alteridad).* La nota de alteridad es absolutamente razonable, pues el Derecho sólo se entiende regulando relaciones entre personas. ¿No carecería de toda lógica un Derecho dictado para Robinson Crusoe en su isla? Pero sin llegar a casos extremos, cualquiera de nosotros, en determinadas circunstancias de no relación con los demás, somos también ajenos al Derecho: ¿qué sentido tendría una norma jurídica reguladora de lo que yo haya de hacer o no en la soledad de mi despacho?

Mas afirmar que el Derecho posee alteridad es dar por supuesto algo previo, a saber, que aquél solamente se manifiesta en el seno de la vida social, que es donde pueden darse las relaciones entre los hombres. Hay, por consiguiente, una rigurosa conexión entre Derecho y sociedad, de tal suerte que sin ésta no puede existir aquél, por lo que cabe afirmar que la realidad social representa un a modo de imprensicindible caldo de cultivo para que aparezca el Derecho. Pero las vinculaciones entre ambos factores son tan estrechas que es igualmente válida la afirmación de que la sociedad no puede existir sin el Derecho hasta el punto de que algún autor —el profesor Legaz— ha afirmado que la vida social tiene una estructura normativa, es decir, jurídica. Y, en efecto, no hay conocimiento histórico de ningún grupo social que no haya estado regido por normas de Derecho, observándose entre uno y otro un evidente paralelismo: en las sociedades primitivas, el Derecho es un ordenamiento también primario y elemental, que a través del tiempo se depura y perfecciona a la vez y en la medida en que el grupo adquiere una mayor complejidad.

4. *La coercibilidad*

Se denomina coercibilidad la propiedad que tiene el Derecho de poder imponer siempre su cumplimiento, recurriendo incluso a la fuerza si ello fuera necesario; el Derecho debe cumplirse siempre: de modo espontáneo, cuando el obligado por las normas se aviene a ello, o de modo forzoso, coactivo, en el caso de encontrarse frente a una voluntad resistente.

A poco que reflexionemos sobre esta nota del Derecho nos percataremos de su absoluta necesidad. ¿Cómo podría subsistir una sociedad en la que sus miembros pudieran cumplir o no, a su antojo, lo precrito en las normas? En una hipótesis tal, nada ni nadie estaría seguro y de inmediato sobrevendría el caos, acabando con la convivencia pacífica y ordenada. El Derecho, por tanto, necesita de la fuerza para imponerse llegado el caso y para ello ha de contar con resortes eficaces que le permitan llevar a cabo esa imposición forzosa.

Sin embargo, la introducción del elemento *fuerza* como nota o carácter del Derecho puede despertar algún escrúpulo. En el capítulo primero, al exponer los rasgos más destacados del Derecho, decíamos que éste había constituido un elemento civilizador en la historia de la humanidad y que gracias a él se había ido sustituyendo el imperio de la fuerza por el triunfo de la razón y de la justicia en las relaciones entre los hombres. ¿Cómo entonces pretendemos ahora hermanar, unir, las nociones de *fuerza* y *Derecho* que se nos habían presentado como antagónicas?

En primer lugar, debemos desterrar la idea, muy generalizada, de que la fuerza es siempre algo intrínsecamente malo: la idea de fuerza suscita de inmediato la de algo torpe y odioso, hasta el punto de que se ha acuñado la expresión «fuerzas del mal», sin que a nadie se le haya ocurrido nunca hablar de las «fuerzas del bien». Pero lo cierto es que la fuerza, en sí misma, no es ni buena ni mala —calificativos que sólo son aplicables a la conducta de los hombres—: lo que cabe juzgar es si el empleo que de la fuerza se haga es bueno o es malo.

Por otra parte, la fuerza de que hacíamos mención en el pasaje aludido del capítulo anterior es la fuerza física que un individuo ejercía sobre otro en los tiempos primitivos, cuando las discrepancias entre los miembros del grupo se resolvían por el «acreditado» procedimiento de la cachiporra. En cambio, cuando hablamos de que el Derecho es coactivo o de imposición forzosa nos estamos refiriendo a una fuerza que *ejerce el Estado* o un órgano estatal de manera que cualquiera sabe de antemano cuál es su medida y hasta dónde puede llegar, ya que se trata de una fuerza que el Estado no ejerce de un modo incontrolado sino con sujeción a unas normas que regulan su ejercicio.

El problema que ha planteado el tema de la fuerza es el de si se la debe considerar o no como un elemento *esencial* del Derecho, esto es, como algo que acompaña siempre a la aplicación del Derecho, o bien como un factor *no esencial* del mismo. La doctrina se encuentra dividida al respecto porque, ciertamente, hay argumentos a favor de una y otra posición. De un lado, es necesario que, como decíamos antes, el Derecho cuente con la fuerza suficiente para imponerse a quienes se niegan a su cumplimiento. De otro, todos sabemos que en muchas ocasiones el Derecho es observado espontáneamente, lo cual contradice la idea de una fuerza «siempre» presente en aquél. Otro argumento que suele aducirse es el de que existen ciertas obligaciones cuyo cumplimiento jamás puede exigirse por la fuerza; si, por ejemplo, contrato con un cirujano para que realice una operación quirúrgica y, llegado el momento, se niega a ello, ¿cabe pensar que pueda ser obligado forzosamente a cumplir su deber jurídico? Yo podré reclamarle judicialmente una indemnización y acaso el juez le condene a pagármela, pero lo cierto es que la obligación que contrajo —la operación— no habrá tenido cumplimiento.

Algún sector doctrinal ha apelado, para resolver el dilema, a distinguir entre *coacción* —imposición siempre forzosa del Derecho— y *coercibilidad* —posibilidad de imposición forzosa del Derecho—, atribuyéndole a éste la segunda de estas notas. Conforme a esta tesis, el esquema práctico sería el siguiente: el Derecho se dicta imperativamente con pretensión absoluta de efectividad. Si obtiene cumplimiento espontáneo, la fuerza no aparece por parte alguna

porque, simplemente, no es necesaria su presencia dado que la finalidad normativa ya se ha realizado. Pero si se manifiesta una voluntad rebelde al cumplimiento, el Derecho recurre a la fuerza para doblegarla y hacer que su mandato no sea puramente mítico o ficticio, es decir, utiliza la *posibilidad* que siempre tiene de imponerse forzosamente, bien exigiendo la realización de la obligación jurídica establecida, o bien forzando al cumplimiento de una obligación sustitutoria como en el caso del cirujano al que nos hemos referido.

La relación entre Derecho y fuerza ha sido uno de los temas más controvertidos en la filosofía jurídica, dando lugar a numerosas teorías, la más reciente de las cuales —iniciada en la llamada Escuela escandinava y que ha encontrado eco en otros autores— llega casi a una identificación del Derecho con la fuerza al afirmar que aquél tiene como único objeto la regulación del uso de la fuerza; en esta dirección, el italiano Bobbio dice muy gráficamente que el Derecho es a la fuerza lo que la gramática es al lenguaje o la moda al atuendo.

II. LA DESCRIPCION DEL DERECHO SUBJETIVO

Se dijo en el capítulo anterior que, junto al Derecho objetivo, al Derecho como norma, existía el *derecho subjetivo,* del que allí dimos la noción. Toca ahora examinar cómo es ese derecho subjetivo, qué representa para el sujeto y cómo funciona en las relaciones jurídicas.

1. *Los elementos del derecho subjetivo. Su concepto*

El primer dato que se descubre al analizar el derecho subjetivo es que se trata de una *facultad,* de una posibilidad de obrar de que dispone el sujeto; y así, en efecto, lo denominaban los romanos al mencionarlo como *facultas agendi,* como facultad o posibilidad de obrar. Pero decir *facultad* es al mismo tiempo decir *poder:* cuando afirmo que tengo derecho a hacer tal cosa lo que estoy expresando es que ostento la facultad de hacerla, que *puedo* hacerla. De donde resulta una importante consecuencia, a saber, que el poder no es un

atributo exclusivo del Estado, sino que también se manifiesta en los particulares a través del derecho subjetivo; este poder del sujeto es, por supuesto, muy diferente del poder estatal manifestado en la soberanía, pero es, al fin y al cabo, una forma de poder.

La consideración del derecho subjetivo como *poder* tiene una consecuencia inmediata: la de que para que aquél exista tiene que contarse necesariamente con dos sujetos, pues todo poder se ejerce siempre sobre alguien. De suerte que la nota de alteridad que examinamos páginas atrás en relación con el Derecho objetivo hay que retomarla de nuevo al referirnos al derecho subjetivo y con parecido fundamento. Decíamos allí que sólo es razonable que existan normas cuando se dan al menos dos sujetos entre los que se establezca una relación regulable por aquéllas, y algo semejante hay que afirmar ahora. Es claro que el derecho subjetivo se ejerce en el seno de la convivencia social y, por tanto, entre sujetos, resultando evidente que no puede hablarse de *derecho* si a la vez no se piensa en la existencia de un *deber* correlativo a ese derecho. ¿Qué sentido tiene que yo me considere acreedor si no hay un deudor obligado a pagarme la deuda?

De modo que, por lo pronto, encontramos dos elementos constitutivos del concepto de derecho subjetivo: la *facultad* y la *obligación* correspondiente. Esta correlación entre *derecho* y *deber,* entre *facultad* y *obligación* es absoluta y no tiene excepción alguna: frente a todo titular de un derecho subjetivo tiene que haber indefectiblemente alguien —sea una o varias personas— sobre el que se dirigija el poder de aquél.

El deber u obligación puede revestir dos manifestaciones: unas veces, tal deber consiste en *hacer* algo, en realizar una determinada prestación: si yo tengo derecho a que se me pague una cantidad, el obligado tiene que pagar, es decir, tiene que adoptar una posición activa. Otras veces, por el contrario, el deber jurídico consiste en un *no hacer,* en un abstenerse de obrar, adoptando una posición de inactividad; quien posee, por ejemplo, un derecho de servidumbre de vistas, lo que exige del dueño del predio vecino es que *no* levante una construcción que perjudique tal servidumbre.

Un tercer elemento que entra en el concepto de derecho subjetivo —junto con la facultad y la obligación— es la *norma* sobre la que

se base siempre aquél, según dijimos en el último apartado del capítulo primero y por las razones allí expuestas. Con todo lo dicho, estamos ya en condiciones de definir el derecho subjetivo como *la facultad atribuida por la norma a un sujeto de poder exigir de otro u otros ya una conducta concreta, ya una conducta de abstención o no impedimento.*

2. *El contenido del derecho subjetivo*

Poseído ya el concepto de derecho subjetivo, hemos de atender ahora a su estructura, es decir, tratar de determinar de qué se compone o cómo es esa facultad en que tal derecho consiste. Tal estructura es relativamente simple, pues son sólo dos los ingredientes: el *disfrute* y la *pretensión,* advirtiendo que si bien teóricamente son perfectamente discernibles, en la práctica quedan uno y otro no pocas veces difuminados y poco claros.

En términos generales, puede afirmarse que el disfrute constituye la perspectiva interna del derecho subjetivo mientras que la pretensión se refiere a su proyección externa. La palabra *disfrute* es suficientemente expresiva y alude a que el derecho proporciona a su titular el goce o satisfacción de poseerlo y ejercitarlo, con todas las ventajas que ello trae consigo; así, el derecho de propiedad permite a su titular poseer la cosa, usarla, obtener rendimientos de ella, etc., e incluso enajenarla, consiguiendo así un beneficio. Sin embargo, esta noción de disfrute, que resulta tan evidente en ejemplos como el propuesto, no lo es tanto en otros supuestos: ¿en qué consiste, por ejemplo, el disfrute del derecho de sufragio que tiene el ciudadano para participar en unas elecciones o del derecho de un bachiller a matricularse en una Facultad universitaria? En tales casos, el disfrute se reduce en realidad al mero ejercicio del derecho.

La *pretensión* hace referencia, según antes decíamos, a la proyección «hacia fuera» del derecho; mediante ella, el sujeto o titular del derecho se dirige a otros *pretendiendo* o exigiendo de ellos una determinada conducta que, como sabemos, puede ser de hacer o de no hacer algo.

Como elementos constitutivos que son, disfrute y pretensión están en todo derecho subjetivo, pero sucede que no siempre se hacen ostensibles con el mismo grado de evidencia. Así, en un derecho de crédito la pretensión —la reclamación de la deuda— es lo que verdaderamente resalta, aunque, no deja de darse también el disfrute, que se manifiestará, por ejemplo, si el titular vende a otro ese derecho. Al contrario, hay derechos, como el caso típico de la propiedad, en que lo verdaderamente ostensible es la faceta del disfrute, pasando a un segundo plano la pretensión, que sólo aparecerá en el supuesto de que alguien perturbe o ataque esa propiedad, pues será entonces cuando el titular se dirija a aquél pretendiendo o exigiendo del mismo que se abstenga de tal actitud.

3. *Clases de derechos subjetivos*

Aunque el derecho subjetivo constituye una noción unitaria, pueden distinguirse diversas especies del mismo. Como es natural, la determinación de éstas dependerá del criterio clasificatorio que se utilice y de las circunstancias a que se atienda. Una posicion muy clásica es la que distingue los *derechos reales* y los *derechos obligacionales,* según que se ejerzan frente a sujetos indeterminados o determinados, respectivamente.

Conforme se indicó anteriormente, a toda facultad corresponde siempre un deber y, por tanto, frente al titular del derecho habrá otro sujeto sobre quien recae la obligación correspondiente (acreedor y deudor). Pues bien, en los derechos *reales,* que son, en general, los que se proyectan sobre las cosas *(res* en latín), el sujeto obligado está indeterminado, en el sentido de que puede ser cualquier miembro del grupo social: el titular, por ejemplo, de un derecho de propiedad, exige de todos en general que no perturben su relación con la cosa, razón por la que en Derecho romano se decía que tales derechos se ejercían *erga omnes,* frente a todos, ya que todos, potencialmente, podían situarse en la posición de obligados en cuanto realizaran un acto perturbador o lesivo de la propiedad.

En cambio, en los derechos *obligacionales* la persona sobre quien recae el deber correspondiente al derecho está desde el prin-

cipio perfectamente individualizada: el titular de un derecho de crédito sabe con toda seguridad quién es el deudor y contra él dirigirá la pretensión.

Más moderna es la clasificación que diversifica los derechos subjetivos atendiendo al criterio del grado de intervención de la voluntad del titular en el ejercicio del derecho. Se distinguen desde este punto de vista las tres siguientes especies:

a) Los *derechos de libertad,* que son aquellos en los que el poder o facultad del sujeto se ejerce con la práctica de actos que éste puede realizar libremente (disfrute), consistiendo la exigencia en reclamar de los demás (pretensión) que no perjudiquen ni impidan ese ejercicio. Entrarían en esta categoría, entre otros, los que en la clasificación anterior llamábamos derechos reales y, por tanto, en ellos el sujeto obligado es indeterminado. En este tipo de derechos, la voluntad del titular tiene una escasa relevancia, pues —tratándose, por ejemplo, del derecho real de propiedad— si sufre una agresión o es expoliado en sus bienes será el Estado el que, a través de sus órganos jurisdiccionales, reaccionará contra el infractor tomando a su cargo la exigencia del cumplimiento de la obligación.

b) Los *derechos de pretensión,* en los que, por el contrario, la voluntad del titular es decisiva a la hora de exigir su efectividad. El titular de un derecho de crédito tiene una pretensión o exigencia frente al deudor, pero la misma se actualiza sólo si así lo quiere aquél, quien puede reclamar la deuda o no reclamarla. En términos generales, este tipo de derechos viene a coincidir con los que en la clasificación tradicional se llaman derechos obligacionales y por eso en ellos el titular del deber correlativo al derecho está perfectamente determinado.

c) Los *derechos de modificación jurídica,* que son aquellos que confieren al titular la posibilidad de dar nacimiento a nuevas situaciones o relaciones jurídicas y a modificar o extinguir las ya existentes: el dueño de una cosa tiene derecho a venderla (con lo que se extingue, desapareciendo de su patrimonio, su derecho de propiedad), el testador tiene derecho a decidir el destino *post mortem* de sus bienes, el casado tiene derecho a divorciarse, extinguiendo la relación matrimonial; en estos casos y en otros muchos que podrían

ponerse como ejemplos, el ejercicio del derecho produce una modificación (de ahí el nombre que se les da) en la esfera jurídica del titular y en las de las personas afectadas por ese ejercicio. En este tipo de derechos, el papel de la voluntad del titular alcanza el grado máximo, pues no sólo depende de ella el ejercicio o no de los mismos —como ocurría en los derechos de pretensión—, sino que además será esa voluntad la que dé forma y contenido a las relaciones que va a crear o modificar.

El que la voluntad del titular sea en estos derechos decisiva no quiere decir que sea absoluta, ya que, en cualquier caso, habrá de moverse dentro del marco legal establecido por las normas. En los ejemplos propuestos, el dueño de una obra de arte sólo podrá enajenarla si la venta no se opone a las prescripciones de la legislación sobre protección del patrimonio artístico nacional; el testador verá limitada su voluntad por lo que dispone el Código Civil acerca de la legítima de ciertos herederos; el cónyuge no podrá solicitar el divorcio sino cuando concurran las circunstancias y se cumplan los plazos establecidos en la legislación pertinente. Pero, respetados esos límites, la voluntad del titular se mueve a su antojo; los abogados y los notarios saben muy bien cómo en sus despachos nacen «criaturas jurídicas» (contratos, testamentos, sociedades, etc.) donde la voluntad de las partes —alentada a veces por una buena dosis de imaginación— fija toda suerte de condiciones, plazos y modalidades.

4. *Los sujetos del derecho*

Se entiende por *sujeto del derecho* el titular del mismo, esto es, aquel que posee la facultad de disfrute y puede ejercer la pretensión, los dos componentes, como más arriba se dijo, del contenido del derecho subjetivo. Mas como —conforme hemos reiterado en varias ocasiones— frente a todo titular hay un obligado, llamaremos a aquél *sujeto activo,* designando como *sujeto pasivo* al que soporta el deber jurídico correlativo al derecho.

Aparte de las personas jurídicas, de las que más adelante nos ocupamos, sólo el hombre es posible centro de imputación jurídica

(recuérdese lo dicho en el capítulo primero sobre el carácter rigurosamente humano del Derecho); pero nos referimos al hombre como especie, de modo que cabe sentar la tesis de que *todo hombre es sujeto de derechos*, pudiendo por tanto ostentar la titularidad de los mismos (sujeto activo) y reconocerse soportando un deber jurídico (sujeto pasivo). La afirmación que acabamos de hacer es hoy universalmente aceptada, pero, como recuerda el profesor Del Vecchio, no sucedió así en los Derechos de la Antigüedad, donde existieron dos categorías de hombres excluidos de la esfera jurídica: los esclavos y los extranjeros.

Aunque el derecho subjetivo se concibe como una facultad del sujeto, existiendo por tanto una estrecha vinculación entre ambos conceptos, se sostuvo por algunos autores la posibilidad de que existan *derechos sin sujeto* mencionándose entre otros supuestos el de la herencia yacente y el del título al portador abandonado. Se llama herencia yacente a la masa hereditaria cuando aún no hay heredero por la razón que sea, como por ejemplo el legado dejado por alguien al primer nieto varón que tenga; los partidarios de esta teoría sostienen que en el lapso entre la muerte del testador y el nacimiento del primer nieto varón, el derecho de propiedad sobre los bienes legados carece de sujeto. Y lo mismo ocurriría en el otro caso: un cheque al portador representa un derecho de crédito cuyo titular es quien lo tiene en su poder, quien lo «porta»; si se desprende de él, lo deja en medio de la calle, el titular del derecho será quien lo encuentre, pero entre el abandono y el hallazgo el derecho de crédito habrá estado sin titular. Parece, sin embargo, que la tesis no es sostenible y la doctrina actual se inclina más por la solución de que en esos casos hay un titular, si bien éste es temporalmente indeterminado.

5. *La persona como sujeto del derecho*

En la terminología jurídica, el sujeto del derecho suele designarse también con el nombre de *persona,* de modo que la afirmación que antes hicimos de que «todo hombre es sujeto de derechos» puede sustituirse por la de «toda persona es sujeto de derechos».

Esta palabra, tan corriente y tan comúnmente utilizada en nuestra lengua, tiene un curioso origen. Con la voz latina *persona* se designaba la máscara o careta que en las representaciones teatrales se ponía el actor sobre el rostro y que tenía dos finalidades: orientar al espectador acerca de quién salía a escena, pues la careta llevaba pintados unos signos convencionales que identificaban al joven, al viejo, al avaro, al traidor, al adulador, etc., y, al mismo tiempo, el hueco que quedaba entre el rostro y la máscara actuaba como caja de resonancia, ampliando el volumen de la voz (no se olvide que las representaciones se hacían al aire libre), que salía por un orificio abierto ante la boca; de ahí que el término *persona* esté íntimamente relacionado con el verbo *personare,* que significa «resonar».

En un proceso de evolución semántica muy explicable, la palabra *persona* pasó de nombrar la careta a designar también al actor que la llevaba y después a cualquier hombre, porque todos actuamos en el gran teatro de la vida; en el propio latín, *persona* tuvo ya, además de la acepción primitiva, la de sujeto humano.

Esa es la idea que late en el concepto vulgar de la palabra, pues cuando en el lenguaje coloquial decimos *persona* nos estamos refiriendo a un miembro de la especie humana, sea hombre o mujer. En este uso que hacemos de la palabra en el habla de todos los días hay dos datos de interés: por un lado, el término se reserva para aludir a seres humanos, lo mismo que *la gente* o el vulgarismo *el personal;* por otro, *persona* encierra un cierto sentido de dignidad, que se destaca cuando lo comparamos con la evidente intención despectiva con que empleamos la palabra *individuo* refiriéndonos a alguien: persona es individuo, pero con «algo más» que lo eleva por encima de la mera unidad psicofísica (eso es lo que quiere decir «in—dividuo», no dividido) que es cada hombre.

Pero en el terreno jurídico las cosas no son exactamente así, ya que en él *persona* no se identifica con *hombre* sino con *sujeto de derechos* y por eso ofrecíamos al principio de este epígrafe la fórmula «toda persona es sujeto de derechos»; de modo que para los juristas el término en cuestión no hace referencia sólo al hombre singular sino también a otros entes *supraindividuales* a los que el ordena-

miento jurídico atribuye igualmente la titularidad de derechos y obligaciones. Con lo que estamos aludiendo a dos especies de personas: la *persona individual* y la *persona colectiva*.

La persona individual, llamada también *persona física*, coincide exactamente con el hombre, de modo que puede afirmarse sin excepción que, para el Derecho, todo hombre es persona. Pero como nos movemos dentro de un concepto jurídico, será el propio Derecho el que habrá de fijar y determinar las circunstancias fácticas que hayan de darse para que se pueda hablar jurídicamente de persona, así como concretar los momentos en que ésta comienza y se extingue, pues, de no hacerlo así, podrían producirse situaciones dudosas que acaso diesen lugar a inseguridad jurídica.

Por ello, todos los ordenamientos, ya desde el romano, establecen unas condiciones de hecho que han de cumplirse para que el Derecho reconozca la existencia de una persona, como la de que el feto nacido viva un cierto tiempo (que en el Derecho español es de veinticuatro horas) con vida independiente de la madre, de modo que, a efectos jurídicos, si muriera antes de transcurrir ese lapso legal, habrá sido, por supuesto, hombre —y por ello, si alguien le matara cometería un delito, porque el Derecho penal considera como tal la muerte violenta de todo «hombre»— pero no persona. Esta distinción no es una sutileza teórica, sino que a veces puede conducir a importantes consecuencias prácticas. Supongamos el caso de un padre que fallece durante la gestación de su hijo; con arreglo al Código Civil, el nacido heredará al padre premuerto, pero si el hijo muere antes de las veinticuatro horas del nacimiento, como no ha adquirido la condición de persona no puede ser sujeto de derechos ni puede, por consiguiente, ser heredero de su padre ni, lógicamente, transmitir a su muerte derecho alguno a la madre, que sería su sucesora legal de haber vivido al menos veinticuatro horas. De manera que la fortuna del padre —que puede ser cuantiosa— tiene uno u otro destino si el recién nacido muere a las veinte horas de nacer o a las veintiséis.

Junto a las personas físicas están, como antes se dijo, las *personas colectivas*, llamadas también *personas morales* y *personas jurídicas*, si bien esta última denominación puede producir confusión ya

que las personas físicas son también, evidentemente, jurídicas en cuanto son tenidas en cuenta y reguladas por el Derecho. Se trata de entidades de carácter supraindividual a las que el ordenamiento jurídico reconoce como posibles titulares de derechos y obligaciones, otorgándoles, por consiguiente, la condicion de persona. Son de muy variada índole y en el concepto entran las *Corporaciones,* entendidas como entes públicos que atienden a intereses generales (el Ayuntamiento, la Comunidad Autónoma, el Estado, la Universidad), las *Asociaciones,* refiriéndonos al conjunto de personas asociadas para conseguir un fin lícito (bien sean de carácter lucrativo, como las sociedades mercantiles, bien tengan fines religiosos, culturales, científicos, deportivos o de cualquier otra clase) y las *Fundaciones* (conjunto de bienes afectados por el fundador al cumplimiento de unos fines).

La existencia de las personas colectivas está plenamente justificada porque con frecuencia los hombres se proponen unos objetivos que no pueden alcanzar por sí solos. Unas veces, la imposibilidad se deriva de la magnitud del proyecto: ¿quién podría afrontar económicamente la construcción de una autopista de mil kilómetros?; para ello se crea una sociedad mercantil en que varias personas fisicas —que pueden ser millares, como en las grandes sociedades anónimas— aportan conjuntamente sus caudales para constituir el capital necesario. Otras veces, la persona colectiva se hace necesaria porque los fines propuestos son de carácter permanente y exceden, por tanto, de los límites biológicos del individuo; así, si alguien se propone fomentar la investigación en el país, crea una Fundación para que ese objetivo siga cumpliéndose incluso después de su muerte.

Por más que el Derecho reconozca uno y otro tipo de personas, las físicas y las colectivas, es claro que no puede haber identidad en el tratamiento que el ordenamiento dé a unas y otras; no sólo por su diferente estructura, sino también porque, por razones obvias, el conjunto de los derechos de que puede ser titular la persona colectiva tiene que ser por necesidad más reducido que el de las personas físicas: así, por ejemplo, a aquélla le están vedados cuantos derechos se desenvuelven en el ámbito familiar (derecho a contraer matrimonio, derecho a adoptar, etc.) y algunos pertenecientes a otros sectores

de la vida jurídica (carecen, por ejemplo, del derecho a otorgar testamento o del derecho de sufragio, exclusivos de la persona física). También se diferencian por el modo como ambos tipos de persona entran en la vida del Derecho: la persona física existe por el simple nacimiento del feto con la condición temporal antes señalada, mientras que las personas jurídicas han de constituirse mediante una serie de actos formales regulados por las normas y que a veces son enormemente complejos.

6. *El objeto del derecho subjetivo*

Se entiende por objeto del derecho subjetivo aquella realidad sobre la que éste se proyecta. Aplicando la distinción que páginas atrás se hizo entre disfrute y pretensión como elementos del contenido del derecho subjetivo, diremos ahora que el objeto de éste, desde el punto de vista del disfrute, es la *cosa* sobre la que recaiga; pero téngase en cuenta que en el lenguaje jurídico la palabra *cosa* tiene un contenido muy amplio, de modo que comprende tanto las realidades materiales (el automóvil es el objeto de mi derecho de propiedad sobre el mismo) cuanto las inmateriales, como es el caso de los derechos sobre derechos, supuesto en el cual el objeto del derecho subjetivo es otro derecho, como sucede, por ejemplo, cuando un accionista de una sociedad anónima vende a otro su derecho a participar en la ampliación del capital de la misma, práctica muy corriente en el ámbito mercantil. Desde el punto de vista de la pretensión, el objeto del derecho es siempre una prestación ajena; así, el objeto de un derecho de crédito es la actividad del deudor que consiste en el pago de la deuda.

Pero no toda realidad puede ser objeto de derecho, quedando excluidas las siguientes:

a) El hombre, la persona humana, que por su condición y dignidad es un ser de fines, un ser con sus fines propios y que, por tanto, no puede ser medio para otro, como sucedería siendo objeto del derecho de ese otro; de ahí la proscripción absoluta de la esclavitud.

b) Los derechos inherentes a la propia condición humana, como los derechos fundamentales, y aquellos otros que, por su contenido y finalidad, sólo pueden ejercitarse por el titular sin que quepa ninguna transmisión de los mismos; tal, por ejemplo, el derecho de patria potestad de los padres sobre los hijos menores de edad no emancipados.

c) Las realidades inaprensibles: las estrellas o las nubes no pueden ser objeto de derecho.

d) Aquellas cosas que, por razón del respeto que inspiran o por su relación con la Divinidad están fuera del tráfico jurídico: son las que los romanos llamaban *res sacrae,* cosas sagradas, que consideraban como *res extra commercium,* cosas fuera del comercio.

e) Las cosas comunes, como el aire o el agua del mar, que no son susceptibles, por esa naturaleza común, de adscribirse al patrimonio de una persona.

AUTOEVALUACIÓN

Los caracteres del Derecho objetivo son:

- ☐ A) Generalidad, alteridad, voluntariedad, coercibilidad.
- ☐ B) Generalidad, imperatividad, alteridad, coercibilidad.
- ☐ C) Generalidad, imperatividad, coercibilidad, sociabilidad.

La imperatividad consiste en:

- ☐ A) Un mandato del Derecho.
- ☐ B) Que el Derecho se proyecta sobre las relaciones establecidas entre dos sujetos.
- ☐ C) El deber jurídico.

Actos de alteridad son:

- ☐ A) Los que se ejecutan fuera de la convivencia social.
- ☐ B) Los que comienzan y terminan en el propio sujeto.
- ☐ C) Los que se dirigen a otro.

La coercibilidad del Derecho consiste en:

- ☐ A) La propiedad de imponer su cumplimiento.
- ☐ B) La posibilidad de cumplirse voluntariamente.
- ☐ C) La posibilidad de incumplimiento.

Cuando hablamos de que el Derecho es coactivo nos referimos a:

- ☐ A) Las sanciones.
- ☐ B) El cumplimiento del deber jurídico.
- ☐ C) Una fuerza que ejerce el Estado.

La coacción es:

- ☐ A) La posibilidad de imposición forzosa del Derecho.
- ☐ B) Sólo el uso de la fuerza física.
- ☐ C) Imposición siempre forzosa del Derecho.

La consideración del derecho subjetivo como poder supone:

- ☐ A) Que haya por lo menos un sujeto que lo ejerza.
- ☐ B) Que existan al menos dos sujetos que lo ejerzan.
- ☐ C) Que se ejerza sobre un sujeto.

Derecho y deber son considerados como:

- ☐ A) Dos manifestaciones del poder estatal.
- ☐ B) Una contraposición.
- ☐ C) Dos elementos constitutivos del concepto de derecho subjetivo.

Son Derechos reales:

- ☐ A) Los inherentes a la persona.
- ☐ B) Los que se proyectan sobre las cosas.
- ☐ C) Los derechos en sentido objetivo.

Los derechos reales se ejercen frente a:

- ☐ A) Sujetos determinados.
- ☐ B) Sujetos indeterminados.
- ☐ C) Sujetos incapaces.

Son derechos obligacionales:

- ☐ A) Los que se ejercen frente a sujetos determinados.
- ☐ B) Los que se ejercen frente a sujetos indeterminados.
- ☐ C) Los que generan una obligación.

Los derechos de libertad son:

- ☐ A) Los que confieren al titular la posibilidad de dar nacimiento a nuevas situaciones o relaciones jurídicas.
- ☐ B) Aquellos en que es decisiva la voluntad del titular a la hora de exigir su efectividad.
- ☐ C) Aquellos en los que el poder o facultad del sujeto se ejerce con la práctica de actos que pueda realizar libremente.

En los derechos de pretensión:

- ☐ A) La voluntad del titular es decisiva a la hora de exigir su efectividad.
- ☐ B) La voluntad del titular tiene escasa relevancia a la hora de exigir su efectividad.
- ☐ C) La nota característica es la cosa objeto de derecho.

La voluntad del titular de un derecho subjetivo se manifiesta en grado máximo en:

- ☐ A) Los derechos de modificación jurídica.
- ☐ B) Los derechos de pretensión.
- ☐ C) Los derechos de libertad.

Se llama sujeto activo:

- ☐ A) Al titular del Derecho.
- ☐ B) Al que soporta el deber jurídico.
- ☐ C) Al legislador.

El concepto jurídico de persona se refiere a:

- ☐ A) Un miembro de la especie humana.
- ☐ B) Una sustancia individual de naturaleza racional.
- ☐ C) Un sujeto de derechos.

El Derecho reconoce la existencia de la persona cuando:

- ☐ A) El feto vive 24 horas separado de la madre.
- ☐ B) El feto nace vivo.
- ☐ C) El feto tiene movimientos.

Las personas colectivas son:

- ☐ A) Las que viven en colectividad.
- ☐ B) Las personas morales y jurídicas.
- ☐ C) Las personas reguladas en el Código Civil.

Las fundaciones son:

- ☐ A) Conjunto o asociación de personas para conseguir un fin lícito.
- ☐ B) Entes públicos que atienden intereses generales.
- ☐ C) Conjunto de bienes afectados al cumplimiento de un fin.

Las corporaciones son:

- ☐ A) Entes públicos que atienden intereses generales.
- ☐ B) Entidades de carácter lucrativo.
- ☐ C) Conjunto de bienes afectados al cumplimiento de un fin.

Las asociaciones son:

- ☐ A) Entidades de carácter supraindividual sin un fin determinado.
- ☐ B) Conjunto o asociación de personas para conseguir un fin lícito.
- ☐ C) Conjunto de bienes afectados al cumplimiento de un fin.

Las fundaciones, corporaciones y asociaciones son:

- ☐ A) Personas físicas.
- ☐ B) Personas jurídicas.
- ☐ C) Ficciones jurídicas.

Son personas jurídicas:

- ☐ A) Las constituidas con arreglo al Derecho.
- ☐ B) Las integradas por una pluralidad de personas físicas o por un capital.
- ☐ C) Las que cumplen las normas administrativas y morales.

CAPÍTULO III

¿DE DÓNDE PROCEDE EL DERECHO?

I. EL DERECHO Y LA HISTORIA

Pueblos primitivos: temores hacia divinidad dominadora.
Guerra, violencia y venganza.
Venganza privada y la Ley del Talión.
Compensación económica y rescate de la ofensa: pacto o composición entre las partes.

II. LAS FUENTES HISTORICAS DEL DERECHO

Fuentes de producción: órganos que crean el derecho.
Fuentes de conocimiento: textos, documentos y libros.

III. LOS DERECHOS DE LA ANTIGEDAD

Creencias mágico dinamísticas y animísticas.
Vínculos religiosos con la divinidad: protección divina y cultos y sacrificios.
Comparación con el Derecho romano:
Confusión entre preceptos jurídicos y religiosos.
No existe ordenación o sistemática de preceptos.
Decisión libre del juez.

IV. DERECHO ROMANO

Ordenamiento modelo: Desde la fundación de Roma hasta la muerte de Justiniano (s. VIII a.C.-s. VI d.C.).
Vigencia del Derecho romano.
Ciencia histórica romanística.

1. *La civitas* romana.
   a) Presupuestos políticos:
   Monarquía: Rey, Senado y Asambleas populares
   República: Consulado y magistraturas, Senado y Asambleas populares: comicios curiados y centuriados, concilios plebeyos.
   b) El ordenamiento jurídico:
   El proceso: *legis actiones*.
   Propiedad: *mancipium*, *dominium* y *possessiones*.
   Obligaciones: *nexum*, *sponsio* y *stipulatio*.
   Familia: *patria potestas*, *dominica potestas* y *manus*.
   Herencia y testamento antiguo.

2. *El Imperio Romano y el Derecho clásico*
   a) Presupuestos políticos:
   El Principado: el nuevo orden de Augusto y la burocacia imperial
   b) El ordenamiento jurídico:
   El procedimiento formulario: acciones civiles y pretorias.
   Los derechos reales: acción reivindicatoria, acción publiciana e interdictos.
   Las obligaciones: delitos, préstamos, estipulaciones y contratos.
   Herencia y *bonorum possessio*.

3. *El Dominado y la crisis del Imperio Romano*
   a) Presupuestos políticos: Dominado y Monarquía absoluta.
   Constantino y el Cristianismo.
   b) El ordenamiento jurídico: procedimiento cognitorio oficial.
   Fusión de acciones civiles y pretorias.

V. DERECHO MEDIEVAL

Lex Romana Visigothorum o *Breviarium alaricianum*
Fueros y Cartas Pueblas.
Recepción del Derecho romano: descubrimiento del *Digesto*.
Los glosadores de Bolonia.
Los canonistas y los comentaristas.

VI. DERECHO MODERNO

El Derecho común.
Mos italicus y mos gallicus.
Escuela humanista.
Escuela del Derecho natural.
Escuela histórica alemana.
Pandectistas.
Recopilaciones generales castellanas:
Ordenanzas Reales de Castilla.
Nueva Recopilación.
Novísima recopilación.

CAPÍTULO III

¿DE DÓNDE PROCEDE EL DERECHO?

I. EL DERECHO Y LA HISTORIA

La Historia, que trata de los hechos humanos en sus diversos períodos y fases, tiene que tratar también de las reglas y principios de convivencia ordenada entre los hombres. En cuanto nace y vive en sociedad, el hombre debe someterse a unas reglas de conducta que le imponen su propia condición y la de sus semejantes. Estas reglas le obligan primero por sus creencias y sus temores hacia una divinidad dominadora, personificada por la naturaleza hostil y vengadora, y por otros hombres que participan de esas fuerzas y las dominan. En los albores de la humanidad reinan la guerra, la violencia, la venganza y la destrucción. Se impone la ley del vencedor y de la venganza. Dentro del ámbito de ésta, una primitiva regulación exige la igualdad entre el daño y el acto vengativo: *ley del talión:* ojo por ojo y diente por diente. Después, se admite la compensación económica y el rescate de la ofensa: la víctima prefiere unas cabezas de ganado a ejercitar su venganza sobre el que le ofendió. La colectividad de vecinos impone en aras de la paz el pacto o composición entre las partes. Cuando no se ponen de acuerdo, se vuelve a la venganza, deciden los dioses en las ordalías y ritos mágicos, o los sacerdotes-jueces interpretan la voluntad divina. No siempre ni en todas partes se ha seguido este proceso: al clasicismo de Roma, con el triunfo de la

justicia y el Derecho, siguen las sombras y oscuridades de la Edad Media, con su retorno a las ordalías y los torneos.

El Derecho, como el hombre para el que se crea, ha estado dominado por los avatares de la Historia, con sus calmas y temporales. La crónica de los progresos y avances, y de los retrocesos y fracasos, es el gabinete de experimentación del jurista. Este tiene que saber antes que nada de dónde viene y hacia dónde va, y cuando hace estas preguntas sólo puede contestárselas la Historia.

Dentro de las experiencias históricas en el mundo del Derecho, entre los llamados Derechos de la Antigüedad constituye un acontecimiento único y extraordinario el Derecho de Roma. Y lo es en tal grado que no puede limitarse al tiempo de la Antigüedad en que nace y tiene vigencia: su vida se prolonga a la Edad Media y Moderna y llega hasta nuestros días.

II. LAS FUENTES HISTÓRICAS DEL DERECHO

Fuente es una expresión generalmente aceptada que se utiliza para designar el lugar de donde brota el agua, o en sentido más amplio, de donde nace o surge algo. Al Derecho se aplica para designar los órganos o entes que crean el Derecho. Estos entes tiene que estar dotados del poder de emanar o crear preceptos y decisiones jurídicas, en estrecha relación con la *potestas* política, entendida como dirección o mando de una comunidad de ciudadanos.

Históricamente, este poder de dictar normas obligatorias para la comunidad ha tenido una extensa evolución en el transcurso de los siglos. Originariamente, las concepciones mágico-religiosas del hombre primitivo le llevan a aceptar las normas de conducta dictadas por la divinidad, mediante las revelaciones a sus brujos, pontífices y sacerdotes, o al *dux*, jefe o investido al que consideran dotado de potencia divina. En una sociedad evolucionada como la griega o la romana se separan las leyes creadas por los organos de poder, encargados de regir a la comunidad, de los preceptos rituales dictados por los sacerdotes intérpretes de la voluntad divina. Este poder de crear Derecho se atribuye al rey, dictador o a los magistrados que le sus-

tituyen, como los cónsules en Roma, a un consejo de ancianos (Senado), y al pueblo reunido en asambleas o comicios. Existen unos principios o normas superiores que regulan el ordenado y armónico funcionamiento de estos órganos, y determinan sus respectivas competencias, que reciben el nombre moderno de constitución. En la historia se producen períodos de crisis en que la constitución se rompe o altera, bien sea de una forma pacífica bien sea de manera violenta o revolucionaria, como ocurrió de manera pacífica con la sublevación de los plebeyos en Roma, o por la fuerza con la toma de la Bastilla por los revolucionarios franceses.

Se distingue entre *fuentes de producción* y *fuentes de conocimiento* del Derecho. Las primeras son los que hemos denominado organos de creación del Derecho. Las segundas son los libros, documentos y textos jurídicos en que esas creaciones se concretan y materializan. La historia del Derecho es en una gran parte historia de los textos jurídicos y libros que nos han llegado de las generaciones que nos precedieron. Algunas tienen un constante valor de referencia en sucesivos períodos históricos como sucede con el *Corpus Iuris* para la Epoca antigua, medieval y moderna.

III. LOS DERECHOS DE LA ANTIGÜEDAD

En las creencias de los pueblos antiguos, las leyes las dictan los dioses y las aplican los brujos y sacerdotes, dotados de poderes sobrenaturales. Creencias mágico-dinamísticas y animísticas, basadas en las fuerzas de la naturaleza y en los seres vivos que las dominan, dan paso a vínculos religiosos donde el hombre se encuentra obligado con la divinidad: los dioses le protegen y el hombre les ofrece culto y sacrificios. La palabra tiene más fuerza si se la vincula con lo divino en el sacramento. El dios decide sobre la justicia o injusticia de los actos humanos. Designa también al jefe o *dux* de la colectividad. Como en el Código de Hammurabi (siglo XVIII a.C.), el dios del Sol Shamasc es el que dicta las leyes a Hammurabi, intermediario entre el dios y su pueblo.

El mismo carácter de íntima relación entre lo jurídico y lo religioso lo tienen otros avanzados Derechos de la Antigüedad. Los

griegos, geniales maestros del arte, la filosofía y la política, no deslindaron lo jurídico de lo religioso y sólo ofrecieron un rudimentario y primitivo ordenamiento de Derecho. Tampoco destacaron en este campo los egipcios, que alcanzaron notables conocimientos en matemáticas y ciencias aplicadas.

En relación con el único sistema jurídico conocido en esa primera época, el Derecho romano, pueden destacarse los siguientes caracteres de los Derechos de la Antigüedad:

a) No se distinguen en el comportamiento humano los preceptos morales y religiosos, que obligan en la esfera interna, de los que obligan externamente en las relaciones entre los hombres, y entre éstos y la colectividad. No existe el Derecho, como ámbito independiente de la Religión y la Moral.

b) El Juez, como sacerdote e intérprete de la divinidad y de las ancestrales costumbres de los antepasados, decide libremente sin atenerse a reglas preexistentes.

c) No existe una ordenación o sistema de preceptos con criterios lógicos: todo lo más se clasifican las decisiones por los sujetos a quienes se dirigen. Por ello, los preceptos u órdenes aparecen repetidos y dispersos.

IV. DERECHO ROMANO

En la historia de los derechos antiguos ocupa una posición preeminente el Derecho de Roma, por considerarse como el ordenamiento «clásico» o «modélico». Las razones para que haya conservado su vigencia durante siglos son varias: en primer lugar, el Derecho Romano ofrece un ejemplo único de una completa evolución histórica de mas de trece siglos de duración: desde la fundación de la ciudad de Roma hasta la muerte del emperador Justiniano (desde el s. VIII a.C. al s. VI d.C.) En segundo lugar, este ordenamiento jurídico ha tenido una segunda vida, ya que sus principios y leyes han estado vigentes en los pueblos de tradición romanística hasta nuestros días. Por último, el cultivo del Derecho Romano ha dado origen a una ciencia en cuya investigación y enseñanza participan todos los países cultos del Mundo.

1. Desde la primitiva civitas hasta la expansión imperial

En su fundación, Roma adopta la forma de *civitas* o Ciudad-Estado, establecida por la unión de varias aldeas que se agrupan con fines de defensa, de organización politica y de los cultos religiosos. En lo político, era el lugar donde ejercían el imperio primero el *rex* en la Monarquía y después los dos cónsules anuales en la República.

En la constitución Republicana, que el griego Polibio admiraba por ser un modelo de equilibrio entre el poder del pueblo (democracia) y el de los senadores y magistrados (aristocracia), estaban representados:

— La *maiestas populi romani,* la majestad o perennidad del pueblo romano, que participaba en los comicios y en las asambleas populares para la elección de los magistrados y la aprobación de las leyes.

— Los cónsules y los magistrados que ejercían la *potestas* o poder politico.

— El Senado, que refrendaba con su *auctoritas,* o prestigio socialmente reconocido los acuerdos de las asambleas y dirigía la política exterior.

En los estandartes de las legiones figuraba el lema *Senatus Populusque Romanus,* como expresión de los dos poderes fundamentales.

En una etapa primitiva, en la que predominaba una economía basada en la agricultura y el pastoreo, las actividades estaban centradas en la casa (*domus)* y el huerto o terreno agricola (*heredium)* gobernados por el poder absoluto del *pater familias*. De *domus* deriva *dominus*, dueño, y *dominium* facultad excluyente de disposición sobre terrenos y cosas. Con *heredium,* se utilizan otras palabras de la misma raiz, como *hereditas,* universo de cosas que pasan del *pater* difunto a los *heredes* o herederos que les sustituyen en el gobierno del patrimonio familiar (de *patrimonium* u oficio del *pater).*

En esta primera etapa, los ritos procesales y las formas de los actos y contratos responden a la concepción mágica de las palabras. Así, las formas procesales de las *legis actiones,* en las que el cambio

de una palabra hacía perder el litigio. También tenían carácter ritual la *mancipatio* o venta de las cosas de mayor valor para la agricultura (tierras, esclavos, animales de trabajo y carga) ante el portador de la balanza (*libripens)* y cinco testigos, y la *stipulatio* con pregunta y respuesta determinadas (¿Prometes que me darás ciento? Prometo).

En la época de la expansión imperial, con la conquista por las legiones romanas de nuevos reinos y paises, Roma se transforma en un Mercado universal donde comercian romanos, extranjeros y provinciales. El Derecho urbano romano (*ius civile* viene de *civitas y cives)* se abre hacia las nuevas formas del Derecho de Gentes (*ius gentium).*

En el procedimiento, los nuevos y más ágiles ritos de las fórmulas escritas facilitan el acceso a la justicia de los extranjeros (*peregrini).* Junto al pretor urbano se crea un pretor para los peregrinos en el siglo III a.C. El pretor ejercía la jurisdicción (*iurisdictio)* o decisión de los asuntos litigiosos que admitía y tramitaba, conforme al programa de acciones contenido en su Edicto, encomendando la sentencia a un juez privado.

En la creación y evolución del derecho, predomina la labor de los juristas clásicos. Estos eran consulentes públicos y privados que en el ajetreado mundo del Foro, o plaza pública, respondía a las preguntas de todos los que tenían necesidad de un consejo jurídico, sobre todo, ilustraban sobre cuales eran las acciones o peticiones de justicia ante el pretor mas adecuadas para que el magistrado las admitiera. Los pretores y los jueces privados, que no tenían una especial preparación jurídica, requerían los servicios de estos juristas asesores. También los emperadores les ofrecían cargos públicos o los incorporaban a su consejo (*consilium principis).* A los juristas mas distinguidos, los Principes les concedían el privilegio de dar respuestas en su nombre (*ius respondendi ex auctoritate principis).*

Con la expansión del comercio, negociantes privados (*feneratores)* y profesionales cambistas y banqueros (*nummularii, argentarii)* se enriquecen con los préstamos con altos intereses (*usurae)* y con los transportes marítimos de mercancías entre Roma y las provincias. Las contratas de la recaudación de impuestos y de servicios y obras públicas se encomiendan a poderosas sociedades capitalistas,

como la *societates publicanorum* (véase M. García Garrido, *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano,* Madrid, 2001).

La creación de los contratos consensuales —compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato— representa un importante progreso jurídico en cuanto frente al formalismo de las palabras se da una mayor relevancia a la voluntad de las partes. Los nuevos contratos nacidos por las exigencias del comercio internacional y del derecho de gentes, se basan en el consentimiento de los intervinientes, expresados en cualquier lengua, o con gestos como estrecharse las manos.

También en derecho hereditario las palabras utilizadas en el testamento *(verba)* ceden ante la real y efectiva voluntad del testador *(voluntas)* que prevalece. La herencia se configura como una universalidad o conjunto de bienes, de la que el testador dispone por el testamento, que debe contener la institución de heredero. Por las reformas del pretor en la sucesión que se produce cuando no existe testamento (intestada o *ab intestato)* prevalecen los hijos y parientes unidos por vinculos de consanguinidad frente a los parientes civiles o por relaciones de potestad del padre.

2. El Dominado y la crisis del Imperio Romano

La crisis se produce por una serie de factores internos y externos que generan una larga decadencia que lleva a la conquista por los bárbaros y la desaparición del Imperio Romano de Occidente. La influencia del espíritu de Roma y la prevalencia de lo romano se deteriora hasta perder su primacía frente al provincianismo que domina al Ejército y se infiltra en el poder político. Un paso importante lo da el emperador Antonino Caracalla cuando en el año 212 d.C. concede la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio. A la crisis económica que originan las sucesivas guerras de conquista y defensa se une una profunda crisis moral y religiosa. Algunos emperadores, como Diocleciano, se esfuerzan en restaurar los cultos y creencias de la religión romana, y otros importan mitos y ritos orientales. El Cristianismo, con su profunda renovación de valores y su exaltación de la renuncia a los bienes terrenos y de la po-

breza, fue un importante factor de disgregación del Imperio. Constantino, con el Edicto de Milán, confirma la tolerancia hacia la nueva fe cristiana, que cambia de enemiga a religión oficial de la nueva Monarquía de derecho divino.

Con el Dominado aparece un nuevo sistema político, en el que el Príncipe se convierte en Señor (*Dominus*), y los ciudadanos en súbditos. Con ello se instaura un sistema de Monarquía absoluta o autocracia. La disgregación del Imperio se consumará definitivamente cuando al final del siglo IV d.C. el emperador Teodosio II divide la parte oriental de la occidental. Después de sucesivas invasiones bárbaras el Imperio de Occidente cae definitivamente en el año 476, en el que las hordas de Odoacro deponen al último emperador romano Rómulo Augusto. Sin embargo, la historia del Derecho romano continúa en Oriente en el Imperio bizantino, que se extiende en un largo período histórico hasta la conquista de Constantinopla por los turcos en el siglo XV d.C. Especial importancia tuvo el emperador Justiniano (años 527 al 565 d.C.), que realizó la gran compilación del *Corpus iuris,* formado por el *Digesto,* magna obra que recoge los *iura* o escritos de los juristas clásicos, el *Código,* o compilación de leyes imperiales, y las *Novelas* o nuevas leyes justinianeas. Gracias a esta compilación conocemos hoy la mayor parte del ordenamiento jurídico romano.

El nuevo Derecho que se instaura en esta dilatada época histórica se caracteriza por el predominio del poder imperial. Una vez agotada la actividad jurisprudencial y terminada también la jurisdicción del pretor, el emperador reúne en sus manos los medios de producción e interpretación del Derecho. Las constituciones imperiales se denominan *leges,* en oposición a los *iura* o escritos jurisprudenciales y, a partir de Constantino, tienen una aplicación general y son de obligado cumplimiento.

El nuevo procedimiento cognitorio oficial (*cognitio extra ordinem*) se generaliza cuando en el año 342 se suprime oficialmente el procedimiento formulario. Con él desaparecen las distinciones entre acciones civiles y pretorias, acciones y excepciones, acciones directas y útiles, y de otros medios y recursos procesales que habían dado la perfección técnica al proceso clásico. Con ello, se confunden

numerosos conceptos jurídicos que tenían un fundamento procesal, como propiedad y posesión, prescripción y usucapión. En derecho de obligaciones, las acciones pretorias por el hecho (*in factum)* se sustituyen por una general acción de palabras prescritas (*actio praescriptis verbis*), y se confunden y unifican las acciones y los géneros contractuales. En derecho hereditario, se unifican acciones e interdictos, procedentes de los dos sistemas de la herencia civil (*hereditas*) y pretoria (*bonorum possessio*), así como los legados y fideicomisos y triunfa definitivamente el parentesco natural y los derechos sucesorios de la mujer con respecto a sus hijos y ascendientes.

El derecho postclásico se caracteriza por la influencia del vulgarismo, tendencia corruptora y simplificadora de las costumbres provinciales y de la práctica judicial. Frente al clasicismo, o tendencia estilística cultural que tiende a la imitación del modelo clásico, el vulgarismo representa la reacción de los prácticos y leguleyos, que no entienden el lenguaje jurídico clásico. Se llega a un contraste entre el derecho oficial, o legislado, y la práctica judicial, lo que plantea el valor que debe darse a la costumbre, sobre todo cuando es contra la ley (*contra legem*). Mientras Constantino niega que la costumbre tenga fuerza para derogar la ley, Justiniano lo admite.

Especial importancia para la evolución del Derecho tienen los libros de Instituciones, o exposiciones destinadas a la enseñanza del Derecho. Entre ellas destaca la obra conocida como *Instituciones,* de Gayo, desconocido jurista del siglo II d.C. Es la única obra clásica que se ha conservado casi íntegra y por la que conocemos las instituciones antiguas clásicas, sobre todo en materia procesal. Esta obra, imitada por Justiniano en sus *Instituciones,* ha tenido, en su sistemática y clasificaciones, una gran influencia en los modernos códigos civiles.

V. DERECHO MEDIEVAL

En Occidente la obra de mayor importancia e influencia fue la *lex Romana Visigothorum,* o Breviario de Alarico, semejante a lo que para Oriente fue el *Corpus Iuris* de Justiniano. Esta ley, pro-

mulgada por Alarico II en el año 506 d.C., fue una recopilación de leyes imperiales romanas y de textos jurisprudenciales y representaba el Derecho culto y oficial frente a los usos y costumbres del Derecho germánico. Así, el Derecho medieval se forma por el encuentro y fusión de los elementos romanos y germánicos con la inspiración cristiana del Derecho canónico. Se caracteriza por la diversidad de fuentes y ordenamientos territoriales y locales.

Durante la Reconquista de las tierras hispánicas a los musulmanes, los monarcas conceden a los territorios conquistados ordenaciones y privilegios, denominados *fueros* y *cartas pueblas*. En la aplicación del Derecho, las «fazañas» son sentencias judiciales a las que se atribuye el valor de crear precedentes que vinculan a los jueces posteriores. Las costumbres locales hacen que se retorne a un primitivismo jurídico, donde el uso de la fuerza y de la violencia se manifiestan en los duelos y ordalías y en los llamados «juicios de Dios».

El descubrimiento del *Digesto* o Pandectas en Bolonia en el siglo XII supone un regreso a las fuentes romanas, que representan la tradición culta y la superación de los particularismos locales y la anarquía legislativa. Los glosadores inician una labor de comentarios y anotaciones marginales a los textos romanos, denominados «glosas», que pretenden aplicar a los usos forenses de su época. Al mismo tiempo, el prestigio de los maestros de Bolonia hace que esta Universidad se convierta en el centro jurídico cultural de toda Europa y que en ella el Derecho romano vuelva a ser estudiado y aplicado en las legislaciones nacionales. Así, en nuestro famoso *Código de las Siete Partidas,* de Alfonso X el Sabio (1263-1265), que, inspirado en el *Corpus Iuris* y en los glosadores y canonistas, armoniza estos sistemas con el Derecho castellano. El *Ordenamiento de Alcalá,* de Alfonso XI, del año 1348, al consagrar como fuentes supletorias del Derecho castellano los fueros municipales y las *Partidas,* reconoce oficialmente la recepción romano-canónica. La escuela de los comentaristas o postglosadores del siglo XIV realiza comentarios y síntesis de las obras de los glosadores para descubrir principios jurídicos generales y universales aplicables a las necesidades del presente. Ellos sentaron las bases del Derecho común, forjado con elementos romanos y canónicos, que señala la transición al Derecho moderno.

VI. DERECHO MODERNO

El Derecho común se concibe como un ordenamiento universal, basado en el Derecho romano mitificado como «Derecho revelado», que debía prevalecer sobre los particularismos locales y regionales. La vieja idea de que el Derecho romano era el Derecho natural de la Cristiandad se convirtió, gracias a la labor de los comentaristas, en una realidad jurisdiccional. Por ello, el Derecho común es una obra de los juristas que, al extraerlo de los textos romanos, realizan una creación del Derecho europeo.

Frente a las tendencias prácticas de los glosadores y comentaristas (*mos italicus*), se inicia un movimiento humanista (*mos gallicus*) en el siglo XVI, consecuencia del Renacimiento. Se pretende reconstruir históricamente el Derecho de Roma en sus distintas fases de formación, liberándolo de las distintas alteraciones introducidas por los compiladores y comentaristas.

En el siglo XVII, la Escuela del Derecho Natural defendía un derecho universal para todos los pueblos fundado en el Derecho romano, considerado como la suprema razón escrita (*ratio scripta*).

En el siglo XIX, la Escuela histórica alemana considera el derecho de un pueblo como el producto espontáneo de su propio espíritu, tan auténtico como puede ser el arte, la lengua o el folklore. Según esta Escuela, el Derecho debe ser considerado como historia y como sistema. Como historia, el Derecho nace del espíritu del pueblo y se fundamenta en principios romanos; como sistema, es la racionalización o fundamentación científica de un núcleo de principios o normas. Se cultiva un derecho teórico o de profesores que se distingue del derecho práctico o de juristas. Los autores del Derecho de Pandectas, que enlaza con la Escuela histórica alemana, elaboran la dogmática jurídica, que deducen de la compilación justinianea, y que constituyó la base científica para la redacción de los Códigos civiles.

En Castilla, en la Edad Moderna, se publican tres recopilaciones generales: Libro de las leyes u Ordenanzas reales de Castilia, más conocido con el nombre de ordenamiento de Montalvo, bajo los Reyes Católicos; la Nueva Recopilación, de 1567, bajo Felipe II, y la Novísima Recopilación, de 1805, bajo Carlos IV. Estas recopila-

ciones, aunque tienen carácter oficial y son obra legislativa, los materiales que las forman son de diversa procedencia histórica y no se fusionan en un conjunto uniforme en cuanto a la forma y contenido. Las recopilaciones de Cataluña fueron también tres: la primera, de 1495, de diez libros, sigue el plan del Código de Justiniano; la segunda, impresa en 1588-89, denominada *Constitutions y altres drets de Cathalunya*; la tercera de 1704, con la misma denominación que la segunda, es una puesta al día de ésta.

AUTOEVALUACIÓN

El Pretor romano tenía la misión de:

- ☐ A) Castigar a los delincuentes.
- ☐ B) Presidir las asambleas populares.
- ☐ C) Ejercía la jurisdicción.

La «civitas» o «ciudad-estado» era:

- ☐ A) La capital de las tribus.
- ☐ B) El campamento militar.
- ☐ C) Recinto amurallado, centro de gobierno y de cultos mágicos y religiosos.

Los creadores del Derecho romano son:

- ☐ A) Los reyes.
- ☐ B) Los juristas clásicos.
- ☐ C) Los dictadores.

El periodo del Derecho romano postclásico y justinianeo es:

- ☐ A) La primera etapa del Derecho romano.
- ☐ B) La última etapa.
- ☐ C) La segunda etapa.

Clásico significa:

- ☐ A) Modelo.
- ☐ B) Desfasado.
- ☐ C) Inimitable.

El Código de las Siete Partidas es obra de:

- ☐ A) Justiniano.
- ☐ B) Alfonso X.
- ☐ C) Alfonso XI.

Parentesco por cognación significa:

- ☐ A) Los que están unidos por vínculos de sangre.
- ☐ B) Los descendientes de un antepasado común.
- ☐ C) Los que están sometidos a un «paterfamilias» o jefe común.

Vulgarismo es:

- ☐ A) Adoptar actitudes modélicas.
- ☐ B) La constante imitación del Derecho romano como modelo clásico.
- ☐ C) La corrupción y simplificación del modelo clásico.

El Derecho romano postclásico se caracterizó por:

- ☐ A) La influencia del vulgarismo.
- ☐ B) La influencia del clasicismo.
- ☐ C) La influencia del historicismo.

La «Lex romana visigothorum» es obra de:

- ☐ A) Alarico II.
- ☐ B) Augusto.
- ☐ C) Justiniano.

El «Corpus iuris» es obra de:

- ☐ A) Alarico II.
- ☐ B) Augusto.
- ☐ C) Justiniano.

Los libros romanos de Instituciones son obras destinadas a:

- ☐ A) La práctica del Derecho.
- ☐ B) La historia del Derecho.
- ☐ C) La enseñanza del Derecho.

Clasicismo es:

- ☐ A) Adoptar actitudes modélicas.
- ☐ B) La constante imitación del Derecho romano como modelo clásico.
- ☐ C) La corrupción y simplificación del modelo clásico.

La cultura clásica o modélica se debe a:

- ☐ A) La perfección de las leyes romanas.
- ☐ B) Las sentencias de los jueces.
- ☐ C) La labor de los juristas.

Fuentes de producción del Derecho son:

- ☐ A) Textos, libros y documentos jurídicos.
- ☐ B) El Boletín Oficial.
- ☐ C) Los órganos que crean el Derecho.

El más importante Derecho de la antigüedad es:

- ☐ A) Derecho asiriobabilónico.
- ☐ B) Dereho griego.
- ☐ C) Derecho romano.

CAPÍTULO IV

¿CÓMO SE MANIFIESTA EL DERECHO?

I. LA NORMA JURÍDICA

1. *Concepto, expresión y contenido*

El Derecho es un mandato y este mandato se expresa a través de la norma jurídica; ésta es, pues, el vehículo a través del cual llega al obligado por el Derecho la voluntad de éste.

Las palabras de que se compone la norma constituyen la proposición normativa.

Las normas pueden ser preceptivas (que ordenan hacer algo) y prohibitivas (que prohiben hacer algo). Junto a ellas están las normas de organización.

2. *La estructura de la norma*

La norma pone en contacto un hecho con una consecuencia, estableciendo que si el hecho (H) se da, deberá producirse la consecuencia (C) prevista en la norma. La estructura es, por tanto, la de una proposición hipotética: Si H, debe ser C. Y para el caso de que la consecuencia no se produzca, la norma prevé una sanción (S). De modo que el esquema completo es: Si H, debe ser C; si no C, debe ser S.

3. *La jerarquía de las normas*

Las normas no son todas iguales, sino que ostentan diferente rango o jerarquía, estando las inferiores supeditadas a las superiores.

Las normas de rango superior son las *Leyes,* que son elaboradas por las Cortes y que pueden ser *orgánicas* y *ordinarias.* En la escala siguiente aparecen los *Decretos;* un caso especial es el del *Decreto Ley,* que tiene rango de ley pero es promulgado por el Consejo de Ministros. El tercer escalón jerárquico lo constituyen las *Ordenes* emanadas de los respectivos Ministerios.

Además, en el caso español, hay que tener en cuenta las normas promulgadas por las Comunidades Autónomas y las procedentes de la Comunidad Europea. Por encima de toda norma está la Constitución, que es la norma suprema o *Ley de leyes*.

4. *El desarrollo temporal de la norma jurídica*

Metafóricamente hablando, puede decirse que la norma, como los seres biológicos, nace, vive y muere.

Las normas *nacen* por su promulgación, que se produce mediante su publicación en el *BOE*. Si se habla de publicación es porque las normas tienen necesariamente que ser *escritas*.

Nacida la norma, comienza su *vida*, su *vigencia*, es decir empieza a producir efectos con independencia de que los sujetos estén enterados o no de su contenido (principio de presunción de conocimiento). Los efectos de la norma se producen desde su nacimiento y, por tanto, no afectan a situaciones anteriores (principio de irretroactividad). Las normas son *territoriales*, es decir, obligan dentro del territorio en el que son dictadas; hay, sin embargo, algunas normas *personales*.

La *muerte* de la norma se produce por su derogación a través de otra norma que deja sin efecto la anterior; una norma no puede derogarse sino por otra de igual o superior rango.

5. *El lenguaje de la norma jurídica*

El contenido de la norma es un mandato, por lo que debe expresarse con nitidez para que el obligado lo conozca; es, pues, esencial la claridad de las normas jurídicas. Aunque la norma es un *imperativo* no suelen expresarse en este modo verbal.

6. *Clases de normas jurídicas*

Por la *finalidad* a que se dirigen, se distinguen las *normas de conducta* y las *normas de organización*. Por el *grado de imperatividad*, se dividen en *normas taxativas* y *normas dispositivas*. Por el *modo de vincular* a los obligados, hay normas *preceptivas*, *prohibitivas* y *permisivas*.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. *Concepto.*

El ordenamiento jurídico es el conjunto sistemático en que se integran las normas. Puede hablarse de ordenamiento jurídico en sentido *territorial*, *histórico* y *sectorial*.

2. *El ordenamiento jurídico como sistema*

El ordenamiento se estructura como sistema, esto es, como un todo cuyas partes —las normas— están relacionadas entre sí de un modo armónico y res-

pondiendo a una determinada lógica interna. Como todo sistema, el ordenamiento jurídico está presidido por unos principios o líneas generales que dan sentido al conjunto.

3. *La coherencia del ordenamiento jurídico*

Se entiende por *coherencia* del ordenamiento la no contradicción entre las normas que lo integran. En la práctica, sin embargo, a veces no existe coherencia, apareciendo las antinomias entre normas; para resolverlas se aplican tres principios: de *temporalidad* (la norma posterior prevalece sobre la anterior), de *jerarquía* (la norma de mayor rango prevalece sobre la de rango inferior) y de *especialidad* (la norma especial prevalece sobre la general).

4. *La plenitud del ordenamiento jurídico*

El ordenamiento ha de ser completo, en él debe contenerse todo el Derecho. Pero este ideal es difícil de conseguir y en todo ordenamiento hay *lagunas*, situaciones no previstas en las normas.

Para resolverlas, el propio ordenamiento ha de tener previstos los oportunos mecanismos.

CAPÍTULO IV

¿CÓMO SE MANIFIESTA EL DERECHO?

I. LA NORMA JURÍDICA

1. *Concepto, expresión y contenido*

El derecho es un mandato, una *orden* por la que se insta a alguien a que realice una determinada conducta o se abstenga de ella. Obsérvese, por cierto, cómo en el Derecho confluyen los dos sentidos que en nuestra lengua tiene el verbo ordenar: por un lado, imponer una obligación, y por otro, establecer la buena disposición entre las partes de un todo; en nuestro caso, ordenar las relaciones que se dan entre los miembros del grupo social.

Limitándonos, de momento, a la primera de esas dos acepciones, es evidente que en todo mandato lo que hay en resumidas cuentas —según dijimos páginas atrás (cap. II, I, 2)— es una voluntad de alguien (aquel que da el mandato) que pretente que otro (el receptor del mismo) adecue su conducta a lo prescrito por el primero. Todo lo cual exige que el mencionado receptor conozca el contenido del mandato, ya que si no es así mal podría darle cumplimiento. Pues bien, *la norma jurídica es la expresión del mandato del Derecho,* la forma o vehículo a través del cual llega al obligado la voluntad de aquél. Pero el modo ordinario como los hombres nos comunicamos es la palabra, por lo que la norma jurídica habrá de expresarse

necesariamente con palabras, con oraciones gramaticales o proposiciones que, en nuestro caso, reciben el nombre de *proposiciones normativas*. Habrá, pues, que distinguir entre la norma (el mandato) y la proposición normativa (la expresión verbal de ese mandato), si bien en la práctica se puede prescindir —y así suele hacerse— de tal distinción, llamando norma indistintamente al mandato mismo y a su expresión.

De todo lo cual se desprende que la norma ha de tener un contenido, es decir, un mandato, que puede consistir, como más arriba decíamos, bien en ordenar que se haga algo o en prohibir que se realice algo, dando lugar, respectivamente, a las *normas preceptivas* y a las *normas prohibitivas:* todo conductor sabe que el disco con la palabra «stop» le *obliga* a parar, mientras que el disco rojo con franja blanca le *prohíbe* circular en ese sentido. Los ejemplos propuestos parecen desmentir la afirmación antes hecha de que las normas se expresan con palabras, ya que, como es evidente, los discos no son palabras; lo que sucede en tales casos es que las señales son signos que manifiestan normas: es en el Código de Circulación donde se dice —con palabras— que tal señal de tráfico obliga a cierta maniobra o la prohíbe.

La necesidad de contenido normativo tiene una excepción —aparte otros supuestos técnicos que no son del caso— en las llamadas *normas de organización* (aludidas ya en el capítulo segundo), que son aquellas que no mandan ni prohíben nada, limitándose a concretar ciertos datos de hecho cuya determinación resulta necesaria para perfilar las circunstancias y características del grupo social. El artículo 1.1 de nuestra Constitución, conforme al cual España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho; el 4.1, por el que se describe la bandera española, o el 5, que establece que la capital del Estado es la villa de Madrid, son claros ejemplos de normas de organización. Las demás se llaman *normas de conducta* porque, efectivamente, imponen un determinado comportamiento, sea éste —recordémoslo— de hacer o de no hacer. A ellas nos referimos en todo lo que sigue.

2. *La estructura de la norma*

Sabemos ya que el Derecho se expresa a través de las normas y que éstas tienen un contenido, un mandato; pero, ¿cómo es una norma, qué estructura tiene? Para responder a estas preguntas, el jurista austriaco Hans Kelsen ofreció una fórmula que, pese a que es susceptible de críticas (por ejemplo, no es aplicable a las normas de organización) resulta, sin embargo, aceptable. Para este autor, toda norma se reduce al siguiente esquema:

Si es H, debe ser C

siendo H un determinado hecho y C la consecuencia atribuida por la norma a la efectiva producción de ese hecho. Por ejemplo, la norma contenida en el número 2 del artículo 46 del Código Civil, según la cual no pueden contraer matrimonio los que están ligados por vínculo matrimonial, se traduciría a la fórmula indicada así: si se da el hecho (H) de que una persona está ya casada, se produce la consecuencia (C) de que se le impide contraer matrimonio.

Adviértase que en la fórmula que manejamos no se dice que, dado el hecho previsto, se produzca necesariamente la consecuencia en la realidad (no se dice si es H *es* C), sino que esa consecuencia es el resultado previsto por el Derecho (si es H, *debe ser* C), que puede no ser el que efectivamente se dé en el terreno de los hechos: en el ejemplo propuesto, puede ocurrir que alguien ya casado oculte esa condición y contraiga un segundo matrimonio. Dicho de otro modo, la norma atribuye consecuencias a los hechos, pero como los hombres, sujetos del Derecho, poseen una voluntad libre, siempre será posible que actúen de forma que no se produzca aquella consecuencia: en eso estriba, cabalmente, la infracción jurídica. Lo cual, por cierto, no ocurre en las llamadas leyes naturales, donde lo que se enuncia se cumple inexorablemente, de tal suerte que las consecuencias siguen siempre a los hechos: si un cuerpo es más pesado que el aire, cae; si se suman los ángulos de un triángulo, dan 180 grados. Por eso, las leyes naturales se enuncian con el verbo *ser* a diferencia de las leyes jurídicas —las normas— que, como hemos visto, se formulan con el verbo *deber ser*, como sucede también en las leyes morales.

Resulta, pues, que siempre será posible que la voluntad humana impida la producción de la consecuencia C aunque se dé el hecho H. Pero el que eso suceda significaría que la norma quedaría incumplida, que el Derecho estaría a merced de que los hombres quieran o no respetarlo. Y como esto daría al traste con la posibilidad misma de una vida social, hay que impedirlo de algún modo, que es lo que hace la propia norma jurídica, que prevé una *sanción* para el caso de que resulte incumplida.

La aparición en escena de este nuevo elemento —la sanción— obliga a reconsiderar la fórmula que antes dimos, que quedará completada así:

Si es H, debe ser C
Si no es C, debe ser S

donde H y C tienen el valor que antes se les dio y S representa la sanción: si se da un determinado supuesto de hecho, deberá producirse una consecuencia; mas si tal consecuencia no se produce, se aplicará la sanción que se establece. Esa será la estructura de la norma, comprensiva de los tres elementos de hecho, consecuencia y sanción. Volviendo al ejemplo inicial, los casados (H) no pueden contraer matrimonio (C) conforme al artículo 46 del Código Civil; pero si lo contrajeran, ese matrimonio es nulo (S), según establece el artículo 73 del propio Código.

Aunque la estructura de la norma es, en efecto, la señalada, no siempre aparece tan claramente delineada. Al contrario, lo que suele ocurrir es que los elementos de la norma —hecho, consecuencia y sanción— aparezcan establecidos en distintos preceptos que habrá que relacionar para extraer de ellos el conjunto de la norma, como se aprecia en el ejemplo utilizado, en que la norma está repartida, por así decirlo, en dos artículos diferentes del Código Civil.

Una última observación. La palabra *norma* es la que más propiamente designa el mandato jurídico, pero no es la única utilizable; también se emplea con frecuencia el término ley para hacer referencia, de modo genérico, a cualquier disposición: cuando decimos, por ejemplo, «el ciudadano debe respetar las leyes» lo que queremos

expresar es que ha de haber en todos una actitud de acatamiento hacia las normas, hacia todas las normas. El uso de *ley* como sinónimo de *norma* tiene el inconveniente de que a veces puede resultar equívoco, pues, estrictamente hablando, por *ley* se entiende un tipo especial de norma —como veremos en el epígrafe siguiente— y no cualquier norma. Sin embargo, atendiendo al contexto, será siempre fácil discernir cuándo se emplea la palabra con sentido genérico o específico.

3. *La jerarquía de las normas*

Si bien las normas son expresión de mandatos jurídicos, no todas tiene el mismo valor normativo o *rango,* de suerte que, por así decirlo, unas mandan más que otras, lo cual permite ordenarlas según su rango, de mayor a menor, dando lugar a lo que se llama la *jerarquía de las normas.* La consecuencia inmediata de la ordenación jerárquica de las normas es la supeditación de las inferiores respecto de las que están por encima, de manera que una norma inferior nunca puede establecer nada que contradiga lo ordenado en otra superior. Este principio es de tal trascendencia que aparece consignado en las primeras líneas del Código Civil; en efecto, el artículo 1.º, apartado segundo, establece que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango superior.

A la cabeza de la escala jerárquica está la *Ley* (entendido el término en sentido específico, como dijimos en el epígrafe anterior) que es, por consiguiente, la norma de mayor rango y a la que están sometidas todas las demás; se caracteriza (refiriéndonos siempre al sistema español) porque su elaboración corresponde a las Cámaras legislativas —Congreso y Senado—, de la manera que más adelante se dirá. En nuestro ordenamiento existen dos clases de Leyes: las *orgánicas* y las *ordinarias,* que se distinguen, conforme al artículo 81 de la Constitución, en que las primeras requieren, para aprobarse, modificarse o derogarse, la mayoría absoluta del Congreso (es decir, la mitad más uno de los Diputados), mientras que las otras se aprueban por mayoría simple (esto es, la mayoría de los Diputados presentes en la votación).

Las Leyes, por su condición de normas de superior rango, suelen regular materias de gran trascendencia política o social y, por lo general, perfilan únicamente las líneas maestras o directrices básicas de la regulación, lo cual exige que otras normas de inferior rango desarrollen su texto, especificando los detalles técnicos necesarios para su efectiva aplicación. Ese es el llamado desarrollo reglamentario de la Ley, que suele hacerse en los *Decretos,* los cuales constituyen, por tanto, el segundo escalón en la jerarquía normativa, correspondiendo su elaboración al Consejo de Ministros. Un caso específico es el del *Decreto-ley,* que tiene rango de ley pero es dictado por el Consejo de Ministros en caso de extraordinaria y urgente necesidad, según expresa el artículo 86 de la Constitución; mas como la disposición tiene, en definitiva, el alcance de una Ley, el Congreso ha de intervenir, por lo que el referido artículo dispone que el Gobierno, en un plazo perentorio, debe enviar el Decreto-ley al Congreso para que éste lo convalide o no.

Hemos dicho que las Leyes son desarrolladas por los Decretos, pero éstos tienen también con frecuencia un cierto grado de generalidad, lo que obliga a que sean desarrollados a su vez por otras normas de rango inferior —tercer escalón de la escala jerárquica—, que son las *Ordenes,* emanadas de los respectivos Ministerios, u otras disposiciones administrativas.

El esquema dibujado se complica cuando, como sucede en el caso español, la estructura del Estado da entrada a entes políticos, las Comunidades Autónomas, con sus propios Parlamentos y órganos de Administración y, por tanto, con capacidad de generar normas de todos los niveles, con las limitaciones y dentro del cuadro general establecido por la Constitución. La prevalencia o no de las normas de las Comunidades sobre las estatales se determina por los preceptos constitucionales y por el contenido de los Estatutos de Autonomía respectivos, dando lugar a un casuismo cuyo examen no es de este lugar. Por otra parte, es también de tener en cuenta que la pertenencia de España a la Comunidad Europea hace que las disposiciones emanadas de ésta tengan prelación sobre la legislación nacional, que deberá acomodarse a lo que en las mismas se prescriba.

En la escala normativa, tal como la hemos descrito, se advierte, sin embargo, una omisión grave, pues se refiere nada menos

que a la Constitución, que, a fin de cuentas, es una norma jurídica y, por definición, la de más alto rango. La razón está en que la jerarquía de las normas está establecida, como antes se dijo, por el artículo 1.2 del Código Civil, que recibió la actual redacción en virtud de la reforma de su Título preliminar hecha en 1974, fecha en que en España no existía una Constitución. Cuando ésta se aprueba por referéndum en 1978, es claro que la escala normativa tiene que estar presidida por el texto constitucional, de tal modo que toda norma, del rango que sea, ha de ser conforme a los principios y preceptos de la Constitución. Nace así el concepto de *inconstitucionalidad,* que es la disconformidad de una norma con la Constitución: cuando esa inconstitucionalidad es apreciada y declarada por el Tribunal Constitucional —que es el órgano específico encargado de esa misión—, la norma de que se trate queda invalidada de inmediato.

4. *El desarrollo temporal de la norma jurídica*

La norma jurídica se da, como es obvio, para regular los actos de los hombres en su convivencia con los demás. Pero como el hombre es un ser eminentemente temporal, desarrollado en el tiempo, todo cuanto a él se refiere vendrá también afectado de ese carácter diacrónico o cronológico. Ello hace obligado contemplar la norma en el tiempo, dando lugar a una metáfora muchas veces repetida que nos habla del proceso vital de la norma, como si se tratase de una realidad biológica. Aceptando ese lenguaje figurado, vamos a tratar en los párrafos que siguen del nacimiento, vida y muerte de la norma.

A) *El nacimiento de la norma jurídica*

Hay un tipo de Derecho —el llamado Derecho *consuetudinario*— que es generado por la sociedad de modo informal, espontáneo, a través de conductas reiteradas que se van afianzando poco a poco hasta constituir costumbres a las que el propio pueblo les atribuye fuerza de obligar, esto es, carácter imperativo, que es, cabal-

mente, lo que hace que podamos hablar de Derecho consuetudinario. Como es natural, resulta una tarea imposible señalar el momento del nacimiento de las normas consuetudinarias, como imposible es determinar cuándo ha nacido una costumbre, sea o no jurídica. ¿Puede una persona identificar el momento exacto en que adquirió el hábito de fumar? Acaso llegue a fechar el primer día en que se llevó un pitillo a los labios, pero la asunción de la costumbre fue un proceso paulatino, a lo largo del tiempo, que impide fijar su nacimiento concreto. Y esa misma imposibilidad de determinación cronológica que apreciamos en los hábitos personales es trasladable también a los hábitos colectivos o costumbres sociales.

Dejando, pues, a un lado el caso de las normas consuetudinarias, de todas las demás sí es posible datar su nacimiento o aparición, que se produce en fecha perfectamente determinada mediante la *promulgación*, que no es sino el modo como se da a conocer el contenido de la norma a aquellos a quienes va dirigida. Se dice entonces que la norma «entra en vigor», expresión muy gráfica con la que se quiere indicar que a partir de ese momento la norma tiene «fuerza» para obligar. En nuestro sistema jurídico, el precepto clave para determinar el nacimiento de las normas es el número 1 del artículo 20 del Código Civil, conforme al cual «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa» (adviértase que en este texto la palabra «ley» está utilizada con el sentido amplio de norma jurídica, no en el estricto de norma de rango supremo en la escala jerárquica, conforme vimos más arriba).

Dos cuestiones suscita el precepto transcrito. En primer lugar, que no basta que la norma haya aparecido publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, sino que para considerarla en vigor, es decir, nacida, hay que esperar un lapso o transcurso temporal conocido como *vacatio legis* o vacación de la ley y que, en la generalidad de los casos, es, como señala el artículo mencionado, de veinte días pero que, cuando así sea aconsejable por unas u otras causas, puede acortarse o incluso suprimiese, coincidiendo entonces la publicación con la entrada en vigor. ¿Qué objeto tiene la vacación de la ley? Si pensamos en tiempos pasados, la finalidad de la institución era clara: la precariedad de las comunicaciones hacía que el texto legal se fuera divulgando con len-

titud, llegando en distintos días a los diferentes puntos del país, con lo que —de entrar en vigor en el momento de su conocimiento—, estaría vigente en unos lugares y en otros todavía no; para evitarlo, se establecía un plazo que se estimaba suficiente para su difusión total y sólo entonces entraba en vigor de modo simultáneo en todas partes. Hoy ya no es esgrimible esa razón, pero la vacación de la ley subsiste porque se estima que el ciudadano debe contar con un tiempo prudencial para ajustar sus asuntos e intereses a la nueva norma por elementales motivaciones de seguridad jurídica.

El artículo que comentamos habla de «completa publicación». Ocurre, en efecto, que hay textos legales tan largos que no pueden publicarse en un solo número del periódico oficial, haciéndose en varios sucesivos; cuando tal sucede, el plazo de veinte días se cuenta a partir del día en que se termina la publicación.

En cualquier caso, lo cierto es —y esta es la segunda cuestión que queríamos abordar en torno al artículo 2.1 del Código Civil— que cuando se exige que la norma se *publique* es porque necesariamente ha de ser *escrita*. En realidad, una norma podría ser oral y con toda probabilidad así debieron de ser los mandatos jurídicos en las sociedades primitivas. Pero tan pronto como la estructura del grupo alcanza un mínimo grado de complejidad se impone la forma escrita de las normas por múltiples razones, todas ellas de peso: el contenido de la norma queda fijado por la escritura y a cubierto de las inevitables deformaciones que trae consigo toda transmisión oral; la norma escrita puede consultarse en cualquier momento, ofrece la posibilidad de una mayor precisión en sus prescripciones, etc. Por ello, la forma escrita de las normas, impuesta en principio por las razones prácticas aludidas, ha venido a ser un requisito formal imprescindible para su existencia, de manera que no hay norma si no está escrita.

Pero, siguiendo con el símil biológico, a todo nacimiento precede una gestación. ¿Cuál es el proceso que desemboca en la publicación de la norma? El caso más complejo es el de las Leyes, como puede suponerse, dado que son las normas de mayor rango. Ordinariamente, el proceso comienza con la preparación de un Anteproyecto por el Ministerio a que corresponda la materia que se ha de regular. Ese documento se examina y discute en la Comisión de

titud, llegando en distintos días a los diferentes puntos del país, con lo que —de entrar en vigor en el momento de su conocimiento—, estaría vigente en unos lugares y en otros todavía no; para evitarlo, se establecía un plazo que se estimaba suficiente para su difusión total y sólo entonces entraba en vigor de modo simultáneo en todas partes. Hoy ya no es esgrimible esa razón, pero la vacación de la ley subsiste porque se estima que el ciudadano debe contar con un tiempo prudencial para ajustar sus asuntos e intereses a la nueva norma por elementales motivaciones de seguridad jurídica.

El artículo que comentamos habla de «completa publicación». Ocurre, en efecto, que hay textos legales tan largos que no pueden publicarse en un solo número del periódico oficial, haciéndose en varios sucesivos; cuando tal sucede, el plazo de veinte días se cuenta a partir del día en que se termina la publicación.

En cualquier caso, lo cierto es —y esta es la segunda cuestión que queríamos abordar en torno al artículo 2.1 del Código Civil— que cuando se exige que la norma se *publique* es porque necesariamente ha de ser *escrita*. En realidad, una norma podría ser oral y con toda probabilidad así debieron de ser los mandatos jurídicos en las sociedades primitivas. Pero tan pronto como la estructura del grupo alcanza un mínimo grado de complejidad se impone la forma escrita de las normas por múltiples razones, todas ellas de peso: el contenido de la norma queda fijado por la escritura y a cubierto de las inevitables deformaciones que trae consigo toda transmisión oral; la norma escrita puede consultarse en cualquier momento, ofrece la posibilidad de una mayor precisión en sus prescripciones, etc. Por ello, la forma escrita de las normas, impuesta en principio por las razones prácticas aludidas, ha venido a ser un requisito formal imprescindible para su existencia, de manera que no hay norma si no está escrita.

Pero, siguiendo con el símil biológico, a todo nacimiento precede una gestación. ¿Cuál es el proceso que desemboca en la publicación de la norma? El caso más complejo es el de las Leyes, como puede suponerse, dado que son las normas de mayor rango. Ordinariamente, el proceso comienza con la preparación de un Anteproyecto por el Ministerio a que corresponda la materia que se ha de regular. Ese documento se examina y discute en la Comisión de

Subsecretarios y, hechas en su caso las modificaciones pertinentes, pasa al Consejo de Ministros, que delibera nuevamente sobre él y, si finalmente lo acepta, lo envía al Congreso de los Diputados como *Proyecto de Ley.* En la Cámara, el Proyecto es examinado primero en la Comisión correspondiente (donde puede modificarse a través de las enmiedas presentadas al mismo) y, aprobado por ésta, pasa al Pleno para su debate y votación. Si ésta es favorable, el texto se envía al Senado, donde vuelve a pasar por los trámites de Comisión y Pleno. La iniciativa corresponde, pues, al Gobierno, pero también puede ejercerla el propio Parlamento, cuando un Grupo parlamentario elabora una *Proposición de Ley,* que sigue la tramitación descrita para los Proyectos de Ley. Una vez aprobada la Ley en el Parlamento, se somete a la firma del rey (sanción del texto legal).

Los Decretos tienen una génesis más simple, pasando únicamente por la Comisión de Subsecretarios —aunque no siempre— y por el Consejo de Ministros, que es el que los aprueba; los Decretos son sancionados igualmente por el Jefe del Estado. Por último, las Ordenes son producto tan sólo de la decisión del Ministro correspondiente. Pero la producción de cualquier norma, especialmente las Leyes y los Decretos, suele ir precedida, de ordinario, de trabajos preparatorios, estudios, encuestas, etc., que a veces dilatan durante mucho tiempo su proceso de gestación.

B) *La vida de la norma jurídica*

Una vez nacida la norma, comienza su existencia, su «vida» o, dicho más técnicamente, su *vigencia,* lo que quiere decir que, a partir de ese momento, puede ser invocada por los ciudadanos, teniendo los Tribunales la obligación de aplicarla. Los efectos de la norma durante su vigencia se producen de modo inexorable y, lo que es más importante, de manera objetiva, esto es, con independencia de si los sujetos están enterados o no del contenido de la misma. Esto es lo que expresa un principio jurídico del que todo el mundo ha oído hablar —el *principio de presunción de conocimiento*— y que está recogido en todos los ordenamientos, según el cual «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (art. 6.1 del Código Civil).

Puede parecer un poco duro que se apliquen las normas a quien las desconozca y, por tanto, aunque haya obrado en contra de las mismas, ha podido hacerlo con absoluta buena fe, pero la aplicación del principio es el único medio de que el Derecho cumpla sus fines, pues, de otro modo, su acción quedaría paralizada ante la alegación de desconocimiento que cualquiera pudiera aducir.

Como la vigencia de las normas se produce desde su nacimiento o entrada en vigor, es claro que sólo se aplicarán a partir de ese momento, sin que puedan, por consiguiente, producir efectos sobre hechos o situaciones anteriores. Esto es lo que se recoge en otro principio básico, el *principio de irretroactividad,* enunciado en el artículo 2.3 del Código Civil: «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario». Como se advierte por las últimas palabras del precepto, puede haber casos —aunque siempre serán excepcionales— en que las normas sí tengan efecto retroactivo; por ejemplo, si en virtud de una nueva norma deja de ser delito una conducta antes castigada, es lógico que aquélla se aplique a los hechos anteriores a su vigencia, suspendiendo la aplicación de las penas que se hubieran impuesto en virtud de la norma anterior.

La irretroactividad nos ha permitido contemplar la vigencia de las normas desde el punto de vista del tiempo, aspecto que debe completarse con la consideración del efecto de aquéllas en relación con el espacio, preguntándonos sobre qué lugar físico tienen aplicación. De modo general, puede afirmarse que las normas son *territoriales,* es decir, obligan dentro del territorio en el que son dictadas: el bando del Alcalde sólo tiene eficacia en su municipio, la Ley aprobada por un Parlamento autonómico carece de vigor fuera de la Comunidad, la norma emanada de órganos legislativos nacionales se aplicará dentro de las fronteras del país. Pero hay algunas normas de carácter *personal,* de modo que rigen los actos de las personas allí donde se encuentren; por ejemplo, si un español quiere hacer testamento habrá de otorgarlo conforme a las leyes españolas aunque se halle en el extranjero. La coexistencia de leyes territoriales y personales ocasiona en la práctica tal cúmulo de problemas que el estudio y solución de los mismos ha provocado la aparición de toda una disciplina jurídica: el Derecho Internacional Privado.

C) *La muerte de la norma jurídica*

Como los seres biológicos, las normas están sometidas al implacable proceso del envejecimiento. Las normas —lo diremos una vez más— se dan para regular la convivencia humana, las relaciones sociales, por lo que, como es natural, se promulgan adaptadas a las circunstancias existentes en ese momento. Cuando esas circunstancias cambian, como es inevitable en el transcurso del tiempo, aquella adaptación empieza a deteriorarse y la norma acaba siendo *anacrónica,* es decir, se ha hecho vieja, no se adecúa a la realidad social evolucionada y ya no sirve para regularla con eficacia. Hay ejemplos notorios de anacronismo normativo que nos hacen sonreír, como el que nos ofrece el artículo 1.800 del Código Civil: en una época como la nuestra, en que la actividad deportiva se ha desarrollado tanto y en tan diversas manifestaciones, el precepto en cuestión sigue diciendo que «no se consideran prohibidos los juegos que contribuyen al ejercicio del cuerpo, como son los que tienen por objeto adiestrarse en el manejo de las armas, las carreras a pie o a caballo, las de carros (¡!), el juego de pelota y otros de análoga naturaleza».

Pero, en el caso de las normas, la senectud no desemboca inexorablemente en la muerte, como en los seres vivos. Por muy ostensible que sea su anacronismo, por mucho que haya envejecido, la norma subsiste en su vigencia —aunque nadie la invoque ya, aunque nadie la utilice— mientras no sea derogada, es decir, se proceda a su anulación, a su extinción. De modo que, hablando un poco en broma, podría afirmarse que las normas nunca sucumben por muerte natural, sino siempre por muerte violenta, con la sola excepción de aquellas que nacen ya signadas con un tiempo fijo de vida, transcurrido el cual la norma se extingue sin necesidad de derogación expresa, como sucede, por ejemplo, con la Ley de Presupuestos, que sólo tiene vigencia durante el año para el que se ha dictado.

La derogación es, en cualquier caso, un acto legislativo, de suerte que sólo puede producirse mediante una norma nueva en la que se declara que la anterior queda sin efecto. Lo corriente es que la norma derogatoria, además de extinguir la anterior, establezca una nueva re-

gulación que sustituya a la que ahora se deja sin vigor, pero a veces se produce una derogación pura y simple, de modo que la norma nueva se limita a dejar sin efecto la anterior; procedimiento poco aconsejable, pues da lugar a vacíos normativos o lagunas legales. ¿Y qué ocurrirá en el caso de que el legislador dé nueva regulación a una relación o situación sin derogar la norma anterior que las contemplaba? En este supuesto —poco probable, pero posible— se produce una derogación tácita de la norma anterior, que queda sin efecto en todo cuanto sea incompatible o contradictorio con el contenido de la nueva norma. Este efecto produjo, por ejemplo, la Constitución de 1978, que dejó sin efecto de modo automático toda la legislación anterior en lo que no se ajustara a los principios y mandatos constitucionales.

Digamos, en fin, que la derogación ha de contemplarse teniendo en cuenta la jerarquía normativa a que antes nos referimos y que, por consiguiente, una norma sólo puede ser derogada por otra de igual o superior rango: una Ley, por ejemplo, no puede ser derogada por un Decreto sino únicamente por otra Ley.

5. *El lenguaje de la norma jurídica*

Cuando nos dirigimos a alguien es necesario que las palabras que empleamos sean lo suficientemente claras y ordenadas como para que el interlocutor se haga cargo del mensaje que pretendemos transmitirle. Si recibe un galimatías plagado de incorrecciones sintácticas y de términos incomprensibles se quedará, inevitablemente, sin saber lo que hemos querido decir. Por desgracia, esta verdad evidente no suele tenerse en cuenta y el lenguaje coloquial, de todos los días, con el que nos relacionamos con los demás, se va deteriorando cada vez más y dando paso a una jerga vulgar, llena de vicios gramaticales y en muchas ocasiones de difícil comprensión.

Cuanto acabamos de decir es también aplicable a la norma jurídica. El mensaje que en ella se contiene es, como ya sabemos, un mandato; pero si éste está mal expresado, no llegará con fidelidad al obligado por el mismo, provocando que éste incluso lle-

gue a no cumplirlo por simple desconocimiento, con la consecuencia grave de que, pese a esa ignorancia, la norma le es aplicable por el principio de presunción de conocimiento al que más arriba nos referimos.

La mejor garantía para el obligado es, por tanto, la *claridad de las normas jurídicas:* éstas deben estar redactadas de tal forma que cualquier ciudadano de mediana cultura sepa, al leerlas, lo que en ellas se prescribe: la utilización de palabras ambiguas, de términos equívocos, de redacción torpe y descuidada, no provoca sino perplejidad y confusión y da lugar en no pocas ocasiones a discusiones y pleitos que no se plantearían si todos los interesados estuvieran de acuerdo en el contenido del precepto. Sonroja a veces leer en el *Boletín Oficial del Estado* textos normativos tan mal escritos, con agresiones tan graves a la sintaxis, que incluso personas expertas en Derecho tienen dificultades para entenderlos del todo.

Los redactores de las normas deberían tener en cuenta que éstas se dirigen al común de los ciudadanos y han de ajustarse, por tanto, al nivel de conocimiento de los mismos, de modo que, aun sin ser juristas, sepan comprender lo que están leyendo, que es lo que ocurría con los textos antiguos: cualquier persona que lea nuestro Código Civil entiende sus preceptos, aunque, naturalmente, sólo los juristas están en condiciones de captar todo su alcance y consecuencias; pero lo que se dice «entender», lo entienden todos.

En el viejo Parlamento español existió una «Comisión de estilo», que tenía como misión revisar la redacción de los textos legales, corregir en ellos los errores sintácticos que se hubieran deslizado, depurar los términos empleados y, en definitiva, dar a la norma la adecuada dignidad lingüística. Ni en las Cortes Españolas del franquismo ni en las actuales Cortes Generales ha existido esa Comisión, y a ello se debe, en parte, la zafiedad formal de muchas de nuestras Leyes en los últimos sesenta años. No se trata de exigir una pureza de estilo en la redacción de las normas (que, desde luego, no estorbaría), pero sí al menos una expresión clara de su contenido. Es verdad que hay ocasiones en que la norma tiene que ser, necesariamente, de difícil lectura por afectar a materias técnicas, como sucedería, por ejemplo, en una disposición que regulase

la instalación y funcionamiento de plantas nucleares, en la que el uso de tecnicismos resultaría imprescindible; pero, fuera de esos casos, el legislador no tiene excusa que justifique la confusa expresión de ciertos textos legales.

La falta de cuidado en la redacción de las normas compromete, a veces, la propia lógica del precepto. El profesor Recaséns recuerda, en relación con este tema, el siguiente pintoresco sucedido relatado por Radbruch. En una estación de ferrocarril de Polonia había expuesto un letrero que decía: «se prohíbe entrar al andén con perros», norma que parece a todas luces lógica por las molestias y aun peligros que ello puede ocasionar. Un buen día se presentó un labriego pretendiendo penetrar en el andén llevando un oso atado con un ronzal; interviene el jefe de estación vedándole, naturalmente, la entrada, pero aquél le hace notar que lo que prohíbe el cartel es entrar con perros, y como lo que le acompaña es un oso, no le alcanza la prohibición, ya que con toda certeza un oso no es un perro. Como dice Recaséns, aquí pugnaba lo «lógico» (postura del labriego) con lo «razonable» (posición del jefe de estación); pero seguramente una mayor reflexión a la hora de redactar la prohibición hubiera ahorrado la disputa entre el empleado de ferrocarriles y el cazurro campesino.

Puesto que lo que contiene la norma es un mandato, parecería natural que en el texto de la misma se emplearan términos conminatorios y se utilizase, precisamente, el modo verbal «imperativo». Así ocurrría, en efecto, en los viejos textos legales, que empleaban fórmulas como el *ita ius esto* de los romanos o el *ordeno y mando* que se lee en algunas de nuestras antiguas leyes. Hoy, sin embargo, se han abandonado expresiones de ese tipo, que dan a las normas un aspecto de tremenda rudeza, y se ha sustituido aquel modo verbal por el presente o por el futuro, sin que esa dulcificación formal reste un ápice, por supuesto, al carácter imperativo del precepto.

El deseo de suavizar el aspecto conminatorio de los preceptos se manifiesta también en cierto tono didáctico que se da a los mismos mediante la *exposición de motivos,* que consiste en unos párrafos que anteceden a la parte propiamente dispositiva, a los artículos, ex-

plicando las razones que han llevado al legislador a promulgar la norma y por qué se manda lo que se manda, con lo que se pretende ilustrar al ciudadano sobre la racionalidad del precepto de modo que, ya que resulta obligado de manera imperativa, sepa al menos los motivos del mandato. La exposición de motivos aparece siempre en las Leyes, con frecuencia en los Decretos y a veces también en las Ordenes ministeriales.

6. *Clases de normas jurídicas*

Hasta ahora hemos tratado de la norma jurídica como una realidad unitaria, pero lo cierto es que, en la práctica, ese concepto se escinde, por razón de distintos criterios diferenciadores, en una pluralidad de especies o clases, a algunas de las cuales, por cierto, hemos aludido ya en los epígrafes anteriores. En lo que sigue nos referiremos sólo a las más importantes de esas modalidades.

Por la *finalidad* a que se dirigen, se distinguen, como ya conocemos, *las normas de conducta* y las *normas de organización*. Las primeras, según la clara descripción que hace el profesor Reale, son aquellas «cuyo objetivo inmediato es regular el comportamiento de los individuos o las actividades de los grupos y entidades sociales en general», mientras que las segundas «poseen un carácter instrumental, mirando a la estructura y funcionamiento de órganos o a la regulación de procesos técnicos de identificación y aplicación de normas a fin de asegurar una convivencia jurídica ordenada». La mayoría de las normas son del primer tipo; en el epígrafe primero de este apartado dimos ejemplos de normas de organización.

Por el *grado de imperatividad* con que la norma se manifiesta, hay *normas taxativas* y *normas dispositivas*. Taxativas son aquellas en que los obligados tienen necesariamente que actuar conforme a lo prescrito en ellas, sin que la voluntad pueda decidir otra cosa que no sea su estricto cumplimiento; cuando, por ejemplo, el artículo 1.875 del Código Civil establece que «es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad», está estable-

ciendo una norma taxativa, puesto que los interesados en constituir una hipoteca no tienen otro camino que el señalado. Normas dispositivas, en cambio, son las que ofrecen una determinada regulación para una situación, pero que sólo se aplicará si las partes implicadas no han decidido darse otra regulación distinta, de modo que, en el fondo, tales normas tienen un carácter supletorio respecto de la voluntad de los sujetos, que resulta ser de aplicación preferente; un caso muy típico en nuestro ordenamiento jurídico es el de la llamada «sociedad de gananciales», que es una regulación del régimen económico del matrimonio establecida por el Código Civil, pero que únicamente se aplicará en el caso de que los cónyuges no hayan estipulado un régimen distinto, conforme establece el artículo 1.316 de dicho Cuerpo legal.

Atendiendo al *modo de vincular la voluntad* de los obligados, distínguese las normas *preceptivas*, las *prohibitivas* y las *permisivas*. Son preceptivas aquellas que imponen una cierta conducta, y prohibitivas, al contrario, las que vedan o impiden un comportamiento determinado; téngase en cuenta que pocas veces las normas prohibitivas están redactadas en forma de expresa prohibición, siendo lo corriente que se señale una sanción para una cierta conducta, con lo que en realidad se está prohibiendo la misma: en el Código Penal, por ejemplo, no se prohíbe expresamente la comisión de ningún delito o falta, sin que quepa dudar, naturalmente, que todo su contenido está lleno de prohibiciones.

Contra lo que pudiera pensarse, la voluntad de los sujetos se halla mucho más constreñida en las normas preceptivas que en las prohibitivas, pues cuando me encuentro con una prohibición conozco que no puedo realizar la conducta vedada, pero ante mí se abren muchas posibilidades, ya que podré hacer cualquier otra cosa que no sea la expresamente prohibida (no puedo realizar A, pero sí B, C, D...), mientras que la norma preceptiva me señala un único camino a seguir —el prescrito en la norma—, sin que mi voluntad pueda determinarse en otra dirección que no sea la ordenada (tengo que hacer A y solamente A).

En cuanto a las normas permisivas, son las que, como su nombre indica, ni mandan ni prohíben, limitándose a autorizar un determi-

nado comportamiento; algún sector de la doctrina, sin embargo, niega la existencia de este tipo de normas considerando su inutilidad, ya que existe un principio jurídico en virtud del cual es lícito todo aquello que no esté prohibido expresamente, siendo por tanto ocioso proclamar esa licitud, que sería el objeto de las llamadas normas permisivas.

II. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. *Concepto*

Las normas jurídicas suelen estudiarse —y así lo hemos hecho nosotros— como entidades que tienen su propia estructura, su vida, su forma de expresión, que se dividen en clases o especies, etc. Pero podría generarse una idea equívoca de las mismas si no añadiéramos ahora que no constituyen elementos aislados, sino que, al contrario, su eficacia opera dentro de un *conjunto* en el que se encuentran integradas: el *ordenamiento jurídico.*

Esta expresión tiene tres acepciones: la *territorial,* conforme a la cual un ordenamiento jurídico es el conjunto de normas que está vigente en un determinado territorio, y así se habla, por ejemplo, del ordenamiento jurídico español; la *histórica* o conjunto de normas que estuvieron vigentes en el pasado en una concreta organización, como sería el caso del ordenamiento jurídico romano, y la *sectorial,* aludiéndose entonces al conjunto de normas que regulan un cierto tipo de relaciones, como el ordenamiento jurídico laboral, verbigracia, es el complejo normativo que se ocupa de las relaciones de trabajo.

En cualquier caso, el ordenamiento jurídico hace siempre referencia a una *pluralidad normativa,* está integrado por varias normas, y no sólo varias, sino una multitud de ellas: la colección impresa de todas las normas que constituyen el ordenamiento jurídico español —y no es ninguna excepción— llenaría muchos anaqueles de una biblioteca y puede asegurarse que no hay jurista que conozca más de una pequeña parte del mismo.

2. *El ordenamiento jurídico como sistema*

Puede comprenderse que, con esa magnitud, de poco serviría a los efectos prácticos un ordenamiento si no ofreciera una cierta estructura y orden interno que de algún modo oriente a quien se adentre en él. O, dicho más técnicamente, el ordenamiento jurídico *es un sistema,* esto es, un todo cuyas partes —las normas— están relacionadas entre sí de un modo armónico y respondiendo a una determinada lógica interna. Sólo así se consigue que las normas del sistema se compaginen y adecúen las unas a las otras ofreciendo un todo coherente.

Un sistema está presidido por unos principios o líneas generales que dan sentido al conjunto y a los que responden los elementos que lo integran. También esto sucede en el ordenamiento jurídico, que está estructurado de acuerdo con unos criterios rectores o principios inspiradores a los que deben acomodarse las normas, de tal modo que si se pretende incorporar al sistema una nueva norma que contradiga los principios rectores, la tal norma será un elemento discordante que perjudicará la armonía del conjunto. Si un ordenamiento está asentado, por ejemplo, en el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, no será oportuno incorporar una norma que sea restrictiva de esa autonomía.

Que el ordenamiento jurídico sea un sistema no quiere decir que su construcción se produzca al modo como se construyen los sistemas científicos. En éstos, cada nueva verdad o principio es obtenido por deducción a partir de los anteriores, de modo que nace ya *dentro del sistema* (recuérdese, por ejemplo, cómo opera la matemática, en la que de unos postulados se pasa a otros mediante una férrea inferencia deductiva). En el ordenamiento jurídico, en cambio, la incorporación de nuevos elementos al sistema, esto es, la aparición de nuevas normas, no se produce deduciéndolas de las existentes, sino *desde fuera del sistema,* a través de la actividad legislativa. Esta circunstancia debe ser tenida muy en cuenta por el legislador en el momento de creación de normas nuevas y hace extremadamente delicada su labor, pues no dispone de la seguridad con que opera el científico, el cual sabe que, si no yerra en el proceso deductivo, toda verdad obtenida encaja perfectamente en el

sistema. En el caso del ordenamiento, en cambio, sólo la prudencia del legislador hará que la nueva norma se acomode sin estridencias dentro de aquél.

3. *La coherencia del ordenamiento jurídico*

En todo lo anterior hemos puesto cierto énfasis en subrayar la coherencia que debe darse dentro del ordenamiento jurídico, como en todo sistema, entendiendo por coherencia la no contradicción entre las normas que lo integran, de modo que no haya unas que prohíban conductas ordenadas por otras ni se planteen situaciones dispares de imposible cumplimiento simultáneo por el sujeto.

Ciertamente, eso es lo deseable y, en teoría, la coherencia del ordenamiento debería ser absoluta. Pero, en la práctica, es posible que no se alcance tal ideal: son tan abundantes las normas y proceden de tan diferentes fuentes legislativas que no debe sorprendernos encontrar normas contradictorias, dando lugar a *antinomias* entre ellas y creando el problema de cuál será aplicable, problema que especialmente afecta a los jueces, que son los encargados de la aplicación del Derecho. ¿Cómo se resuelven esos casos que rompen la coherencia del ordenamiento? La ciencia jurídica ofrece tres principios conocidos de antiguo y que suelen estar recogidos en los propios ordenamientos:

a) El principio de la *temporalidad*, conforme al cual cuando la antinomia se produce entre dos normas promulgadas en diferentes momentos, la posterior prevalece sobre la más antigua. El criterio es razonable, ya que lo que parece evidente en ese caso es que el legislador, por las razones que fueren, ha decidido regular la materia de modo distinto —y hasta opuesto— a como lo hizo anteriormente, de manera que en realidad lo que hace la norma más moderna es derogar, siquiera sea tácitamente, la dictada anteriormente.

b) El principio de la *jerarquía*, que da preferencia a la norma de rango superior sobre la de rango inferior; así, si la antinomia se produce entre una Ley y un Decreto, prevalecerá aquélla sobre éste. Ello es consecuencia de los distintos rangos que tienen las normas, a lo que aludimos en el epígrafe 3 del apartado anterior.

c) El principio de la *especialidad,* que determina que, habiendo dos normas que regulan una misma materia y una lo hace de modo general en tanto que la otra contiene normativas especiales, sea esta segunda la que prevalece. También aquí la solución parece lógica, dado que la norma especial lo que hace en realidad es matizar, puntualizar o excepcionar algunos casos respecto de la norma general, con lo que se evidencia que la ha tenido en cuenta, de modo que la antinomia, si la hay, es solamente parcial.

La existencia de estos criterios, sin embargo, puede no resolver el problema cuando la antinomia entre dos normas se produce por motivos diferentes. ¿Qué hacer, por ejemplo, cuando la contradicción se da entre una norma de rango superior y otra de rango inferior pero posterior a aquélla: se aplica el principio de la temporalidad o el de la jerarquía? ¿Y si una norma especial es de rango inferior a la general? En estos casos lo que aparece no es ya antinomia entre normas, sino una antinomia entre los principios aplicables para resolver aquélla. En tales supuestos no es posible ofrecer reglas generales de solución, que los jueces tendrán que buscar aplicando uno u otro principio según cada caso singular y las circunstancias que en él se den.

4. *La plenitud del ordenamiento jurídico*

Cuando en 1804 se publicó el Código Napoleón, primer fruto del movimiento codificador iniciado a finales del siglo XVIII, el nuevo Cuerpo legal suscitó tal entusiasmo que se llegó a pensar que su perfección era total, hasta el punto de considerar que en el articulado del mismo se hallaba la solución a cualquier cuestión jurídica que pudiera plantearse, naciendo así el *dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico:* éste es completo, en él se contiene todo el Derecho, en él se halla toda regla jurídica.

Es claro que tales opiniones, surgidas al calor de un ingenuo deslumbramiento provocado por la novedad que el Derecho codificado supuso, están bien lejos de la realidad, pues por muy minucioso que sea un ordenamiento jurídico, por muy previsores que hayan sido los legisladores, la extraordinaria multiplicidad y variabilidad de la vida práctica harán que, inexorablemente, se planteen situaciones

no previstas en las normas jurídicas, dando lugar a las llamadas *lagunas del Derecho.*

Pese a ello, sigue en vigor el dogma de la plenitud del ordenamiento, pero no en el sentido de suponer que en él se encuentren efectivamente resueltos todos los casos que la vida práctica pueda plantear, sino en el de que, dando por sentado que existen lagunas, el propio ordenamiento debe ofrecer procedimientos para llenarlas, de manera que el juez, aplicador del Derecho, tiene que pronunciar un fallo sobre cualquier cuestión que le sea sometida: basándose en la norma pertinente, si la hay, o llenando la laguna cuando ésta se presente.

Esta obligación impuesta a los jueces —expresión moderna del dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico— tiene su razón de ser, pues sería gravemente atentatoria a la seguridad jurídica la posibilidad de que quedasen sin resolver cuestiones litigiosas o situaciones polémicas por inexistencia de norma aplicable a las mismas. Por ello, el dogma tiene su reflejo en todos los ordenamientos; en nuestro Código Civil, se dice en su artículo 1.7 que «los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido» (que son, conforme al apartado 1 de dicho artículo, la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, que se estudiarán en el capítulo siguiente); siendo esta exigencia tan seria que su incumplimiento haría que los juzgadores incurrieran en el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal.

AUTOEVALUACIÓN

Las proposiciones normativas son:

- ☐ A) La expresión del mandato de la norma.
- ☐ B) Las leyes consuetudinarias.
- ☐ C) Las formas especiales de derogación de la norma.

Normas preceptivas son:

- ☐ A) Las que prohíben una determinada conducta.
- ☐ B) Las que permiten una determinada conducta
- ☐ C) Las que imponen una determinada conducta.

Normas de organización son:

- ☐ A) Las que regulan el funcionamiento del Parlamento.
- ☐ B) Las que determinan la estructura del Estado y sus órganos.
- ☐ C) Las que las partes invocan para regular sus relaciones.

Normas de conducta son:

- ☐ A) Las que no mandan ni prohíben nada.
- ☐ B) Las que nacen de la costumbre.
- ☐ C) Las que imponen determinado comportamiento.

La norma tiene la siguiente estructura:

- ☐ A) Si el H (hecho) debe ser C (consecuencia).
- ☐ B) Si es H (hecho) es C (consecuencia).
- ☐ C) Si es H (hecho) puede ser C (consecuencia).

El orden jerárquico de las normas según su rango de mayor a menor es:

- ☐ A) Ley, decreto y orden.
- ☐ B) Decreto, ley y costumbre.
- ☐ C) Ley, decreto y costumbre.

Las leyes orgánicas requieren para su aprobación:

- ☐ A) La mayoría simple.
- ☐ B) La mayoría relativa.
- ☐ C) La mayoría absoluta.

El Decreto-ley:

- ☐ A) Lo aprueba sólo el consejo de Ministros.
- ☐ B) Debe convalidarlo el Congreso.
- ☐ C) Lo aprueba el Presidente del Gobierno.

La entrada en vigor de las normas se produce:

- ☐ A) Por su publicación en el Diario Oficial de las Cortes.
- ☐ B) Por su publicación en el Boletín Oficial del Estado.
- ☐ C) A los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La «vacatio legis» es:

- ☐ A) La derogación del texto legal.
- ☐ B) El plazo de veinte días que transcurre entre la publicación y su entrada en vigor.
- ☐ C) Un tiempo en que los ciudadanos pueden no cumplir la ley.

Un texto legal es:

- ☐ A) El preámbulo dc una Ley.
- ☐ B) La expresión escrita de la norma jurídica.
- ☐ C) Una parte del ordenamiento jurídico.

La iniciativa de presentar Proyectos de Ley corresponde:

- ☐ A) Al Gobierno.
- ☐ B) Al Congreso de los Diputados.
- ☐ C) Al Senado.

El principio de presunción de conocimiento quiere decir:

- ☐ A) La ignorancia de las leyes exime de su cumplimiento.
- ☐ B) La ignorancia de las leyes es una excusa para delinquir.
- ☐ C) La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

El principio de irretroactividad de las normas significa:

- ☐ A) Que no pueden producir efectos sobre hechos anteriores.
- ☐ B) Que no pueden producir efectos sobre hechos futuros.
- ☐ C) Que no puede alegarse su desconocimiento.

Se dice que una norma es anacrónica:

- ☐ A) Cuando no está vigente.
- ☐ B) Cuando no se adecua a la realidad social.
- ☐ C) Cuando admite varias interpretaciones.

La derogación de la ley es:

- ☐ A) Suspensión temporal de la misma.
- ☐ B) Declaración de que la ley anterior queda sin efecto.
- ☐ C) Promulgación de una norma posterior.

La derogación de una norma se produce por:

- ☐ A) Decisión del poder ejecutivo.
- ☐ B) Decisión del Tribunal Constitucional.
- ☐ C) Promulgación de una norma posterior que anula la anterior.

Son normas taxativas:

- ☐ A) Aquellas que sólo se aplican si los interesados no han decidido darse una regulación distinta.
- ☐ B) Aquellas en que los obligados tienen necesariamente que actuar conforme a lo prescrito en las normas.
- ☐ C) Aquellas que son aplicables por los Tribunales.

Normas dispositivas son:

- ☐ A) Aquellas que ordenan una determinada conducta.
- ☐ B) Aquellas en que los obligados tienen necesariamente que actuar conforme a lo prescrito en las normas.
- ☐ C) Aquellas que sólo se aplican si los interesados no han decidido darse una regulación distinta.

Son normas preceptivas:

- ☐ A) Las que imponen una determinada conducta.
- ☐ B) Las que afectan al interior de la persona.
- ☐ C) Las que aplican los Tribunales.

Normas prohibitivas son:

- ☐ A) Las que imponen una cierta conducta.
- ☐ B) Las que regulan la voluntad del sujeto.
- ☐ C) Las que vedan o imponen un comportamiento determinado.

El ordenamiento jurídico es:

- ☐ A) Una recopilación de normas.
- ☐ B) El conjunto de normas con rango de Ley.
- ☐ C) Un sistema normativo presidido por unos principios que dan sentido al conjunto.

El principio de temporalidad consiste en:

- ☐ A) La norma especial prevalece sobre la general.
- ☐ B) La norma superior prevalece sobre la de rango inferior.
- ☐ C) La norma posterior prevalece sobre la más antigua.

CAPÍTULO V

¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO?

El Derecho nace como un acto de potestad o de autoridad.
Potestad de jurisdicción (*iurisdictio*) de los jueces.
Interpretación y aplicación del Derecho.

I. EL DERECHO Y LOS JURISTAS PRÁCTICOS

Funciones del jurista: históricas: *respondere, agere, cavere.*
Actuales: asesoramiento a particulares y sociedades y empresas; asistencia ante jueces y tribunales; redacción de documentos y celebración de actos y negocios.

II. SISTEMAS ABIERTOS Y CERRADOS

Sistema abierto: derecho jurisprudencial (*Common Law*).
Sistema cerrado: Códigos Civiles.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

La ley.

La costumbre: en defecto de ley aplicable.
No contraria a la moral o al orden público.
Probada.
Los principios generales del Derecho: los principios del Derecho romano y del Derecho natural.
Los principios tradicionales o nacionales.
Los principios políticos.

La Jurisprudencia:
Prudencia iuris.
Sistemas abiertos y cerrados.
Doctrina del Tribunal Supremo y recurso de casación.

IV. LA INTERPRETACION DEL DERECHO

Interpretatio iuris e *interpretatio legis*.
Objeto de la interpretación:
Teoría subjetiva: voluntad del legislador.
Teoría objetiva: lo que aparece en la ley. Artículo 3.1 del Código Civil.
Criterios: gramatical; lógico-sistemático; histórico-evolutivo; teleológico.
Origen de la interpretación: auténtica: realizada por el legislador.
Usual: por los tribunales.
Doctrinal: por los autores y tratadistas.
Resultados: Literal.
Declarativa: Lata y estricta.
Crítica o correctiva: extensiva y restrictiva derogatoria.

CAPÍTULO V

¿CÓMO SE APLICA EL DERECHO?

El Derecho nace como consecuencia de un acto de potestad o de autoridad de quien tiene poder o prestigio para dictarlo y debe ser obedecido y aplicado. Los jueces aplican el Derecho en virtud de su potestad de jurisdicción (de *iurisdictio:* declaración del derecho). El acto de la aplicación viene precedido por la interpretación del precepto jurídico que consiste no sólo en averiguar su sentido y alcance, sino también su adecuación al caso concreto de que se trata. Puede suceder que el precepto jurídico o la ley no incluya en su redacción el caso a decidir por lo que es necesario que el juez lo integre o extienda acudiendo a otras reglas o principios. Según el sistema jurídico abierto o cerrado que se considere (*vid. infra* II), el juez crea y aplica el Derecho en sus sentencias o sólo aplica la legislación preexistente. En todo caso, la aplicación del Derecho exige una labor conjunta de los jueces con los juristas prácticos y la doctrina científica.

I. EL DERECHO Y LOS JURISTAS PRÁCTICOS

Juristas son los que se dedican al estudio y a la práctica del Derecho y hacen de la jurisprudencia su profesión. Hoy se distinguen los juristas prácticos, que se dedican a resolver los problemas que

plantea la interpretación y aplicación del Derecho, de los teóricos o científicos del Derecho, que lo hacen objeto de estudio o abstracción intelectual.

Históricamente ambas figuras y funciones estaban representadas por los mismos juristas. Así como el modelo ideal del hombre culto en Grecia era el filósofo, en Roma era el jurisconsulto. Este era un consulente, muchas veces de clase noble, que sin propósito de lucro y motivado por *el officium* o deber de ayudar al amigo y al conciudadano, respondía a las preguntas de todos los que tenían necesidad de un consejo jurídico y aconsejaba también sobre actos y negocios privados, como la compra de una finca o la dote que debía darse a la hija. El Derecho, como la prudencia, que le servía de fundamento, no era una ciencia que se estudiaba en los libros, sino una maestría o un arte que se aprendía directamente con el ejemplo de quien lo practicaba o poseía.

Las tradicionales funciones del jurista eran:

— *Respondere:* dar respuesta o decisiones jurídicas sobre los casos concretos que los ciudadanos les planteaban.

— *Agere:* aconsejar sobre las acciones y fórmulas judiciales que debían ejercitarse para la protección de los derechos.

— *Cavere:* proporcionar los esquemas y modelos de los actos y negocios jurídicos.

Los juristas romanos eran eminentemente prácticos y no creaban teorías ni justificaban sus decisiones con fundamentaciones morales o filosóficas. También eran prácticos los glosadores medievales, que con los textos del *Digesto* pretendían resolver los problemas de su época.

Los humanistas del Renacimiento, en su tendencia culta de estudiar el Derecho en su ámbito histórico, crean ya un Derecho científico. Más adelante, Savigny y su Escuela histórica distinguen un Derecho de juristas, de carácter práctico, de un Derecho de profesores, con finalidades históricas y sistemáticas.

El jurista práctico actual está representado por el abogado. Su oficio comprende diferentes funciones:

— Asesoramiento: ante una consulta de los particulares o de sociedades privadas o entidades públicas, aconseja sobre los medios más idóneos, por ser los más rápidos o eficaces o los menos costosos.

— Asistencia en la redacción de documentos o en la realización de contratos o negocios. Cuando se trata de escrituras públicas, que requieren su inscripción registral, es necesaria la intervención de un notario o fedatario público.

— Asistencia e intervencion ante los funcionarios, cargos u órganos administrativos, o ante los tribunales de este mismo carácter. Especial importancia tiene el asesoramiento y defensa en materia fiscal: impuestos y exacciones del Estado, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos u otros entes públicos.

— Defensa y asistencia ante los Juzgados y tribunales en materias penal, civil, contencioso-administrativa y laboral.

La creciente invasión por el Estado de la esfera privada y la numerosa, compleja y a veces contradictoria y caótica legislación, hace que el ciudadano necesite cada vez más de la guía de un experto que le oriente y asesore. De otra parte, la proliferación de corporaciones públicas, sociedades privadas y, en general, de poderosos entes colectivos, hace que el particular deba estar cada día más prevenido y protegido contra abusos y arbitrariedades.

II. SISTEMAS ABIERTOS Y CERRADOS

Los actuales sistemas jurídicos se vienen distinguiendo en sistemas abiertos y cerrados. Los primeros consisten en un Derecho vivo y jurisprudencial, en continua creación y evolución mediante las decisiones casuísticas, o sentencias que se dan para cada caso, de los jueces y tribunales. Los sistemas cerrados consisten en Derechos escritos y compilados en un cuerpo o código. El modelo del sistema abierto es el casuístico del Derecho inglés y americano (el llamado *case law method*). El sistema cerrado es el de los Códigos Civiles del Derecho europeo continental. En una clasificación paralela, es-

tos sistemas también se distinguen en problemáticos, si se orientan hacia las decisiones concretas, o en axiomáticos, si se trata de sistemas construidos con reglas generales aplicables a los nuevos casos que se presentan. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el método axiomático, que hace derivar por deducción un sistema de normas admitido generalmente, y el tópico o pensamiento problemático se dan en los sistemas cerrados y abiertos, aunque con distinto valor e intensidad. La prevalencia de la legislación tanto en unos como en otros sistemas hace que esta distinción haya perdido actualidad.

Curiosamente, el ordenamiento jurídico romano es el centro y fundamento histórico de estos dos sistemas abiertos y cerrados. De una parte, la jurisprudencia romana es una actividad creadora del Derecho en continuo progreso, y como tal es el prototipo del sistema abierto; de otra, las decisiones jurisprudenciales y las reglas y máximas que de ellas se deducen han inspirado las normas y principios de los modernos Códigos Civiles.

1. Códigos civiles

La corriente doctrinal, basada en la tradición romanística e inspirada por los autores del Derecho de Pandectas, desemboca en los Códigos civiles europeos. En Francia triunfa pronto el movimiento codificador con el Código Civil de Napoleón, de 1804, que influyó poderosamente en las codificaciones de numerosas naciones europeas y americanas. El Código Civil francés tuvo en España una influencia decisiva en el proyecto de García Goyena de 1851 y en el Código Civil de 1889. En Alemania, el Código Civil (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) no apareció hasta 1900 por la gran resistencia que opusieron los autores de la Escuela histórica, al considerar que el Código cerraría las fuentes vivas del Derecho como producto espontáneo y genuino del pueblo. Aunque este Código quedó ya anticuado en su época, se consideró como la obra maestra de los juristas, junto con el Código Civil suizo de 1912, que tuvo también una considerable influencia en los Códigos posteriores. Destaca también el Código Civil italiano de 1942.

2. Derecho inglés y americano

Como prototipo del sistema abierto, o en continua evolución, los jueces deciden sobre los casos concretos aplicando la técnica del precedente. También en el Derecho anglosajón se contrapone un Derecho legal (*Statute Law*) y un Derecho de juristas (*Common Law*). Sin embargo, este último es históricamente el más importante y en él se actúa en virtud de los principios inspiradores de la equidad (*Equity*), en un continuo proceso de elaboración de decisiones casuísticas y precedentes (*Case Law*). En la historia del sistema judicial inglés se considera al precedente como la base y el impulso evolutivo y creador del Derecho. La sentencia en un determinado caso no es adoptada como precedente hasta que no es aceptada por un juez sucesivo. Conforme a las reglas del *stare decisis* se consideran como vinculantes las decisiones de la Corte o Tribunal superior para las sentencias dictadas por los tribunales o jueces inferiores. En esta concepción, el *Common Law* se considera como un ordenamiento jurídico superior que puede ser aplicado y conocido únicamente por los jueces «oráculos de la ley» y desarrollado por éstos mediante decisiones inspiradas en la equidad. La sabidurías de la regla aplicada está basada en la tradición jurídica que el juez individualiza en cada caso cuando lo pone en relación con las decisiones precedentes.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO ESPAÑOL

El artículo 1.1 del Código Civil español dice: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son:

— la *ley,*

— la *costumbre,*

— y los *principios generales del Derecho*».

Esta enumeración de fuentes es la que se ha venido manteniendo tradicionalmente. Sin embargo, si este elenco puede considerarse válido para el Derecho privado, no sucede lo mismo para determinadas ramas del Derecho público, como el Derecho penal o el

Derecho administrativo. La expresión «ordenamiento jurídico» parece referirse al conjunto armónico de normas y a la forma y manera como se aplican y abarcaría todas las ramas del Derecho. Aunque en esta enumeración de fuentes la ley sigue manteniendo su primacía, no se considera como la fuente única, que en las concepciones de los positivistas servía para resolver todos los casos posibles. La primacía de la ley resulta claramente del apartado 3 de este mismo artículo 1: «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada.»

No se admite, por tanto, la costumbre que vaya en contra de la ley (*contra legem*). Ello resulta también del artículo 2.2: «Las leyes sólo se derogan por otras posteriores...» La costumbre se ha venido considerando en la doctrina como fuente subsidiaria de primer grado y los principios generales del Derecho como fuente subsidiaria de segundo grado.

En resumen, el juez o tribunal debe pronunciar su sentencia teniendo en cuenta la ley y sólo a falta de ésta podrá recurrir a la costumbre. En defecto de ésta, podrá basar su fallo en los llamados principios generales del Derecho.

1. La ley

La palabra ley se emplea en múltiples sentidos (véase *supra*). En un sentido restringido y técnico, la ley es una norma estatal y escrita diferenciada por su procedencia del órgano legislativo y por los especiales requisitos de su formulación. Las leyes, como normas jurídicas dictadas por el Parlamento, se diferencian de los Reglamentos y demás actos de la Administración. Al existir distintas categorías de leyes de rango diverso se establece una jerarquía o prelación de normas (véase *supra*).

La ley como Derecho escrito se contrapone a la costumbre, Derecho no escrito. Ley y costumbre se diferencian también por su origen, que en la ley es concreto y cierto, mientras que en la costumbre es incierto. También se diferencian por la extensión y eficacia, ya

que la ley es genérica y universal, mientras que las costumbres se aplican a un ámbito territorial reducido o a un determinado grupo de personas.

2. La costumbre

En sentido amplio, la costumbre es cualquier uso o hábito de la vida social; en sentido jurídico, el uso social que es fuente de decisiones y reglas jurídicas.

Los juriconsultos romanos consideraban la costumbre como «consentimiento tácito del pueblo», o como «tácita convención de los ciudadanos que se aplica también como derecho escrito». «En aquellos casos en que no aplicamos las leyes escritas se debe observar lo que se ha introducido por los usos y las costumbre, y si esto faltare en algún asunto, entonces lo que le sea más próximo y congruente» (Juliano. D.1.1.32; Hermogeniano, D.1.3.35). «La costumbre es la mejor intérprete de las leyes» (Paulo, D.1.3.37). En el más antiguo Derecho romano, los ciudadanos se regían por las *mores maiorun*, o costumbres de los antepasados, interpretadas por los pontífices. La Ley de las XII Tablas recopiló en preceptos breves las reglas procesales y jurídicas, que después fueron objeto de interpretación por los juristas y formaron el *ius civile*. En el derecho postclásico, la separación entre el derecho oficial y la práctica judicial hace que se dé una mayor importancia a la costumbre (véase *supra*).

Sobre los textos romanos, las Partidas, 1.2.1, definen la costumbre como «derecho o fuero que non es escrito; el qual han usado los homes luengo tiempo ayudándose de él en las cosas e en las razones sobre que lo usaron».

Las costumbres se clasifican por su relación con la ley, siguiendo la distinción romana, en según ley (*secundum legem*); fuera de ley (*praeter legem*) y contra ley (*contra legem*). Se distinguen también entre la costumbre como derecho popular (*Volksrecht*) y la costumbre elaborada por los juristas y jueces (*Juristenrecht*).

En Derecho español, como antes se señaló, sólo se admite la costumbre en defecto de ley aplicable, o *praeter legem,* y también los usos y prácticas locales.

Según el artículo 1.3 del Código Civil, la costumbre debe tener los siguientes requisitos:

1. Sólo rige en defecto de ley aplicable.

2. Siempre que no sea contraria a la moral y al orden público.

3. Debe resultar probada. El Tribunal Supremo ha venido sosteniendo la teoría clásica de considerar la costumbre como un hecho que debe ser probado por la parte que la alega. La doctrina científica critica esta posición, ya que el juez o tribunal debe conocer la costumbre conforme al principio *iura novit curia* (la curia conoce los derechos).

3. Los principios generales del Derecho

El artículo 1.4 del Código Civil dispone: «Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

El precepto señala el carácter subsidiario del principio general, en relación con la ley y la costumbre. Estos principios se han venido incluyendo en los Códigos con distinto significado y alcance. El Código Civil austriaco mencionaba los principios de Derecho natural. El Código italiano de 1865 citaba los principios generales del Derecho, mientras que el vigente de 1942 se refiere a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado.

La redacción actual del Código, al mencionar el carácter informador del ordenamiento jurídico, acepta la tesis de De Castro, para quien la expresión «principios generales» comprende «las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la nación». Para este autor, «estos principios constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en de-

fecto de normas formuladas». Para De Castro hay tres clases de principios:

a) Los principios del Derecho natural.

b) Los principios tradicionales o nacionales, es decir, los que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de nuestro pueblo.

c) Los principios políticos, o sea, los que integran la constitución real del Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pasado del criterio rigorista de exigir que los principios estén reconocidos en la ley o en la doctrina jurisprudencial al más flexible de aceptar los que se relacionen con los admitidos por la jurisprudencia. La redacción más amplia dada al Código permitirá una mayor libertad a los abogados para alegar principios nuevos que, aun siendo informadores del ordenamiento jurídico, no han sido todavía admitidos por la jurisprudencia.

La doctrina científica distingue entre los principios generales del Derecho y las reglas y máximas jurídicas. De Castro afirma que «estas reglas jurídicas no tienen en sí valor jurídico propio, ni menos eficacia de fuente jurídica; son expresiones técnicas o recursos pedagógicos...» No obstante, este autor reconoce que «en bastantes ocasiones han sido el medio para que se reconozca un verdadero principio jurídico».

La mayoría de los principios aceptados por la jurisprudencia, anterior y posterior al Código Civil, son de origen romano, procedentes de los títulos 16 y 17 del libro 50 del *Digesto*. Desde su originaria conexión con el caso concreto que motiva el principio, éste pasa por sucesivas generalizaciones y adaptaciones hasta terminar en las actuales aplicaciones que hacen los jueces y tribunales.

Ejemplos de principios generales del Derecho:

— Nadie puede ir en contra de sus propios actos (*venire contra factum proprium*).

— Nadie puede ser condenado sin ser oído (*Nemo inauditu condemnari debes*).

Nadie puede invocar el incumplimiento de un pacto que él mismo ha incumplido (*tu quoque*).

4. La jurisprudencia

En sentido general, la Jurisprudencia es el conocimiento del Derecho. La palabra proviene de *prudentia iuris,* prudencia del Derecho. Según D,Ors, la prudencia, o *phrónesis* griega, era para Sócrates la virtud por excelencia y se definía como la inteligencia del bien. También lo era para los estoicos, que la fundaban en el gobierno de uno mismo. Para Cicerón era la *sapientia* previsora que servía para determinar lo que debemos hacer y evitar, en un discernimiento del bien y del mal. El hacer (*agere*) debe estar dominado por la *prudentia.* Por eso Celso definía el Derecho como «arte de lo bueno y de lo justo». Partiendo de estas concepciones, es explicable que Ulpiano (D.1.1.10.2) definiera la Jurisprudencia como «conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y lo injusto» (*divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*). El conocimiento del Derecho era función de los jurisconsultos, que daban respuestas a las cuestiones que les sometían los particulares indicándoles las acciones o medios procesales más adecuados para su pretensión. Los juristas romanos tenían una función preeminente, ya que asesoraban a los pretores, al Senado y al Príncipe, y sus decisiones eran seguidas por éstos.

En el actual sentido jurídico, Jurisprudencia indica los criterios seguidos en las sentencias de los jueces y tribunales o, incluso, las sentencias dictadas por éstos. La Jurisprudencia tiene un valor y eficacia distintos en los sistemas abiertos y en los cerrados (véase *supra*). En el sistema abierto del *Common Law,* los jueces deciden los casos creando reglas y principios jurídicos que en virtud del precedente vinculan a los jueces posteriores. Mediante la decisión de los casos, el juez anglosajón crea Derecho. En cambio, en el Derecho codificado del continente europeo el juez es un mero intérprete de la ley. Sin embargo, como afirma Ascarelli, aunque el valor de los precedentes sea distinto en ambos sistemas, no por ello en los siste-

mas de tradición romanista su importancia es secundaria. El Derecho de elaboración judicial es siempre dinámico y se adapta a las circunstancias sociales mientras que la ley es estática. En una situación de alarmante proliferación de leyes y de frecuentes contradicciones entre ellas se hace imprescindible la labor orientadora y creadora de la Jurisprudencia. Por ello, puede generalizarse lo que Carbonnier afirma refiriéndose a Francia: «El Derecho sufre con menos fuerza la hipnosis de la legalidad y tiende a ser un derecho judicial.» Podemos, por tanto, afirmar que los sistemas cerrados y codificados se inclinan a ser cada día más abiertos.

En la actual redacción de los apartados 6 y 7 del artículo 1 del Código Civil se reconoce la función preeminente de la jurisprudencia:

> «6. La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.
>
> 7. Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.»

Se menciona, por tanto, a la jurisprudencia en el artículo que trata de las fuentes del Derecho. De otra parte, aunque aplicación e interpretación no equivalgan a creación, en cuanto la costumbre y los principios generales del Derecho no están recogidos en textos escritos y deben ser declarados por la jurisprudencia, puede afirmarse con respecto a ellos que su declaración y aplicación equivale a una cierta creación.

El Código se refiere expresamente a la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo. Las sentencias judiciales pueden ser objeto de recurso de apelación ante el Tribunal superior. Cuando el recurso se interpone ante el Tribunal Supremo, que es el máximo órgano judicial, se denomina recurso de casación porque se «casa» o anula la sentencia del Tribunal inferior. En materia civil y penal, se plantea el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias; en asuntos laborales se admite el re-

curso de casación contra ciertas sentencias dictadas por las Magistraturas de Trabajo, si bien de ordinario la apelación se hace ante el Tribunal Central de Trabajo. Creado en 1978 el Tribunal Constitucional, ante él se tramitan los llamados recursos de amparo, cuando se trata de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

El jurisconsulto romano Celso (D.1.3.17) decía que conocer las leyes no consiste sólo en entender sus palabras sino en comprender su fin y sus efectos (*scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*). Esta conocida regla debe figurar al principio de toda exposición sobre la labor del intérprete. Etimológicamente, la expresión latina *inter-pres* indica lo que hoy se denomina intérprete, es decir, la persona que se coloca entre dos que no se entienden para informarles de lo que uno y otro dicen. En sentido genérico, interpretación se utiliza para designar la ejecución de una obra literaria o artística. En estricto significado jurídico, interpretar es indagar o esclarecer el sentido del Derecho aplicable a un determinado caso. Ante todo debe distinguirse entre interpretación del Derecho (*interpretatio iuris*), o indagación del Derecho aplicable a una determinada situación, e interpretación de la ley (*interpretatio legis*), o esclarecimiento del alcance y contenido de la norma jurídica o de la ley. La identificación del Derecho con la ley, propugnado por el positivismo, hace que la interpretación se refiera generalmente a la de la ley.

De otra parte, conviene distinguir la interpretación de la aplicación y la integración del Derecho. Este, como acto de potestad o de autoridad, nace para ser obedecido y aplicado. El juez, en virtud de su potestad para juzgar (*iurisdictio*, o declaración del derecho), lo aplica. Antes del acto de la aplicación debe averiguarse el sentido y alcance de la norma y su adecuación al caso concreto, es decir la interpretación. Pueden existir situaciones no previstas en la ley, las llamadas lagunas del Derecho (véase *supra*), por lo que se hace necesario integrarlo con otras reglas o principios.

La interpretación, además, no se limita o agota en la indagación del Derecho legislado o de la ley pública. Históricamente, se utiliza también *lex* para referirse a los acuerdos o pactos entre particulares, en el sentido de *lex privata*. También las declaraciones de las partes, y los actos que realizan, son objeto de interpretación. Puede existir una discrepancia entre las palabras utilizadas (*verba*) y la verdadera intención del declarante (*voluntas*), que debe ser interpretada para hacerla prevalecer. En Derecho hereditario, el testamento es la *lex* que regula la sucesión de una persona, o el destino de su patrimonio para después de su muerte, pudiendo existir también una discordia entre la intención del testador y las cláusulas testamentarias, lo que da lugar a una *quaestio voluntatis* o interpretación de la voluntad del testador, materia ésta muy tratada por los retóricos romanos.

Con la publicación del Código Civil de Napoleón y el general movimiento codificador que le siguió, la ley, que se aplica por igual a todos los ciudadanos, adquiere tal preeminencia que llega a considerarse como única fuente del Derecho. Los jueces estaban obligados a aplicarla e interpretarla en su sentido literal. Se identifica el Derecho positivo con la ley y se considera como la tarea fundamental del jurista la interpretación de la ley. Sobre el objeto de esta interpretación surgen dos teorías:

La opinión tradicional, o teoría subjetiva, sostenía que el sentido y alcance de la ley debía encontrarse en la voluntad del legislador que la crea (*mens legislatoris*).

La teoría objetiva defendía que lo que debía indagarse no era lo que el legislador había querido al sancionar la ley, sino lo que en la ley aparece como realmente querido (*mens legis*). Según la famosa expresión de Saleilles, la ley, una vez dictada por el legislador y promulgada, se desprende de la persona de éste, de igual manera que en el parto el nacido sale del vientre materno y pasa a tener su propia vida, en la que va a recibir diversas influencias.

Adoptando los resultados a que llega la doctrina científica, el artículo 3.1 del Código Civil establece que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social

del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

En esta redacción se mencionan los distintos criterios de interpretación: según el sentido propio de sus palabras (gramatical); en relación con el contexto (lógico); los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (histórico-evolutivo), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas (teleológico).

En la doctrina científica se distinguen otras clasificaciones de la interpretación en su aplicación práctica. Siguiendo a De Castro podemos distinguir, atendiendo a su origen, las siguientes clases de interpretación:

— Interpretación *auténtica* es la que procede del mismo legislador. Actualmente se utiliza sobre todo para rectificar los errores de una ley o disposición o para limitar su ámbito de aplicación.

— Interpretación *usual* es la realizada por los jueces y tribunales. Aunque sólo la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede fijar la doctrina legal (véase *supra*), se consideran también como precedentes las otras sentencias de los jueces y tribunales.

— Interpretación *doctrinal* es la realizada por los autores y tratadistas. Sólo tiene una eficacia indirecta en cuanto sea acogida por la jurisprudencia.

Atendiendo a sus resultados, De Castro distingue también las siguientes clases de interpretación:

— Interpretación *literal*, cuando el texto es claro y sus palabras se corresponden con su contenido.

— Interpretación *declarativa*, cuando las palabras admiten varios sentidos y se declara el significado de las palabras de acuerdo con el contenido de la ley. Puede ser, a su vez:

— *Lata:* cuando se acepta el sentido más amplio de las palabras.

— *Estricta:* cuando se acoge el significado más restringido de las palabras.

— Interpretación *crítica o correctiva,* cuando se rectifica la letra de la ley para ponerla de acuerdo con su contenido o con el espíritu o intención del texto. Puede ser a su vez de dos clases:

— Interpretación *extensiva,* cuando la ley, por expresarse en términos excesivamente restringidos (*minus dixit quam voluit*), comprende menos casos de los pretendidos, por lo que es necesario ampliarla a estos supuestos.

— Interpretación *restrictiva,* cuando la ley, al expresarse en términos demasiado amplios (*potius dixit quam voluit*), abarca demasiados supuestos y es necesario darle un alcance más limitado.

— Interpretación *derogatoria,* cuando la norma no puede aplicarse temporal o definitivamente y se suspende su aplicación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido aplicando tradicionalmente los siguientes criterios de interpretación:

— Sentido gramatical: «No hay lugar a la interpretación cuando el precepto legal no ofrece dudas.» «No se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición.»

— Sentido lógico: Argumentos:

— *A maiori ad minus:* «El que puede lo más puede lo menos.»

A minore ad maius: «Quien no puede lo menos tampoco puede lo más.»

— *A contrario:* «Donde la ley no distingue tampoco nosotros debemos distinguir.» «Las disposiciones dictadas contra las reglas generales deben interpretarse restrictivamente.»

— *Reductio ad absurdum:* «No es lícito al juzgador ni a nadie entender las leyes de modo que conduzcan a la contradicción y al absurdo.»

Criterio finalista o teleológico: Si la Justicia ha de administrarse rectamente no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del texto del precepto legal como a su indudable espíritu, recto sentido y verdadera finalidad; la interpretación de los preceptos jurídicos debe tener en cuenta los fines de la institución.

— Criterio histórico-sociológico: Es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos (gramatical y lógico) sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse sociológico, integrado por aquella serie de factores —ideológicos, morales y económicos— que revelan y completan las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico. Las disposiciones de carácter social dictadas para proteger a los económicamente más débiles se entiende que son de carácter imperativo, irrenunciable y de interpretación extensiva.

AUTOEVALUACIÓN

Interpretación derogatoria:

- ☐ A) Cuando la norma es demasiado amplia.
- ☐ B) Cuando la norma es demasiado restrictiva.
- ☐ C) Cuando no puede aplicarse y se suspende su aplicación.

Interpretación auténtica es:

- ☐ A) La realizada por autores y tratadistas.
- ☐ B) La realizada por jueces y tribunales.
- ☐ C) La que procede del mismo legislador.

La base científica de los códigos civiles continentales la realizan:

- ☐ A) Los canonistas.
- ☐ B) Los medievalistas.
- ☐ C) Los pandectistas.

El «Case Law Method» es un sistema:

- ☐ A) Abierto.
- ☐ B) Cerrado.
- ☐ C) Mixto.

Los códigos civiles son:

- ☐ A) Sistemas abiertos.
- ☐ B) Sistemas cerrados.
- ☐ C) Sistemas mixtos.

El más típico ejemplo de «sistema jurídico cerrado» es:

- ☐ A) El inglés.
- ☐ B) El de los códigos.
- ☐ C) El jurisprudencial.

Las lagunas del Derecho aparecen:

- ☐ A) En los sistemas abiertos.
- ☐ B) En los sistemas cerrados.
- ☐ C) En ninguno de los dos.

Interpretación extensiva es:

- ☐ A) Cuando la norma es demasiado restrictiva.
- ☐ B) Cuando la norma es demasiado amplia.
- ☐ C) Cuando no puede aplicarse y se suspende su aplicación.

El Código Civil alemán es de:

- ☐ A) 1084.
- ☐ B) 1889.
- ☐ C) 1900.

Se llama interpretación estricta:

- ☐ A) La que se acoge al sentido más restrictivo de las palabras.
- ☐ B) La que realizan los jueces unipersonales, pero no los tribunales.
- ☐ C) La que rectifica la letra de la ley.

Interpretación doctrinal es:

- ☐ A) La realizada por jueces y tribunales.
- ☐ B) La que procede del mismo legislador.
- ☐ C) La realizada por autores y tratadistas.

«Nadie puede ser condenado sin ser oído» es:

- ☐ A) Una ley.
- ☐ B) Una costumbre.
- ☐ C) Un principio general del Derecho.

El Código Civil español es de:

- ☐ A) 1804.
- ☐ B) 1889.
- ☐ C) 1900.

«Iurisdictio» o jurisdicción es:

- ☐ A) Consultar a un jurista.
- ☐ B) Apelarse la sentencia.
- ☐ C) Declarar el derecho.

La costumbre sólo rige:

- ☐ A) En defecto de jurisprudencia.
- ☐ B) En defecto de principios generales del Derecho.
- ☐ C) En defecto de ley.

El mayor valor de la jurisprudencia se manifiesta en:

- ☐ A) Los sistemas abiertos.
- ☐ B) Los sistemas cerrados.
- ☐ C) En los dos indistintamente.

El recurso de casación es aquel que:

- ☐ A) Se interpone ante el defensor del pueblo.
- ☐ B) Se plantea en el Derecho matrimonial.
- ☐ C) Se interpone ante el Tribunal Supremo.

En los sistemas jurídicos abiertos:

- ☐ A) Norma escrita y jurisprudencia son equivalentes.
- ☐ B) Tiene primacía la jurisprudencia sobre la norma escrita.
- ☐ C) No se contempla la jurisprudencia.

Los principios generales del Derecho se aplican:

- ☐ A) En defecto de ley.
- ☐ B) En defecto de ley o de costumbre.
- ☐ C) En defecto de costumbre.

«Nadie puede ir contra sus propios actos» es:

- ☐ A) Una ley.
- ☐ B) Una costumbre.
- ☐ C) Un principio general del Derecho.

El «Case Law Method» es:

- ☐ A) Sistema casuístico del Derecho inglés y americano.
- ☐ B) Sistema del Código civil australiano.
- ☐ C) Sistema del Estado de Chile.

En la actividad del jurista, responder («respondere») era:

- ☐ A) Aconsejar sobre las acciones.
- ☐ B) Modelos y esquemas de actos jurídicos.
- ☐ C) Decisiones sobre casos concretos.

Según el Código Civil español las fuentes de ordenamiento son:

- ☐ A) Las leyes y los decretos.
- ☐ B) Las leyes y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.
- ☐ C) La ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

El Derecho europeo continental, como sistema cerrado, está formado por:

- ☐ A) Colecciones de jurisprudencia.
- ☐ B) Conjunto de decisiones administrativas.
- ☐ C) Códigos civiles.

CAPÍTULO VI

¿SOBRE QUÉ SE APLICA EL DERECHO?

Ramas o disciplinas jurídicas.
Relaciones públicas y privadas.
Delicta y *crimina*.

I. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Historia de la distinción:
Derecho Romano: dos posiciones: estado de la república-utilidad de los particulares.
Edad Media: Confusión de normas de potestad politica y de dominio patrimonial.
VII Partidas: principios de jerarquía, igualdad o paridad, subordinación.
Edad Moderna: Donello: utilidad pública o privada.
Domat: Derecho de gentes, derecho privado y derecho público.
Edad contemporánea: Tendencias liberales, tendencias intervencionistas.
Teorías dualistas, subjetivas o pluralistas.

II. RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PÚBLICO

1. *Derecho Político* y *Derecho Constitucional*
   Teoría del Estado, de Bodino. Tres elementos: territorio, población y soberanía.
   Nación y nacionalidades.
   División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Artículo 1 de la Constitución.
   Organización territorial: municipios, provincias y comunidades autónomas.

2. *Derecho Administrativo*

   Funciones del Gobierno: representativa y política; organizativa y administrativa.

Derecho administrativo: Derecho de la organización de servicios públicos.
Derecho que rige las relaciones de la Administración con los ciudadanos.
Se considera Administración pública:
Administración del Estado.
Administración de las Comunidades Autónomas.
Entidades de administración local.
Corporaciones e instituciones públicas.
Garantías del administrado: económicas y jurídicas.

3. *Derecho Financiero, Derecho Tributario* y *Derecho Fiscal*

Derecho Financiero: gestión y gastos de los ingresos del Estado y entes públicos.
Derecho Tributario: imposición y recaudación de impuestos y tributos; deberes de los contribuyentes y garantías de impugnación y defensa.
Derecho Fiscal: concretos impuestos vigentes, hechos impositivos y escalas y cuantías.

4. *Derecho Penal*

Objeto: actos ilícitos sancionados con una pena.
Corrientes liberales: primacía de la seguridad jurídica: moderación de las penas.
Principios: *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine previa lege poenale*.
Interpretación restrictiva de las normas penales.
Criminología: persona del delincuente y entorno social.

5. *Derecho Internacional Público*

Relaciones entre Estados y organizaciones supraestatales. Derecho romano: *Ius gentium*. Derecho de gentes y comunidad cristiana de naciones.
Organismos supranacionales: ONU. Carta de S. Francisco de 1945.
Modos jurisdiccionales y no jurisdiccionales.

6. *Derecho Internacional Privado*

Conflictos de legislación y de competencias entre jueces de distintos Estados.
Relaciones entre particulares: Derecho privado.
Aplicación del: derecho nacional; derecho extranjero; normas de conflictos.
Derecho interregional.

7. *Derecho del Trabajo*

Regula las prestaciones de trabajo productivo realizado por cuenta ajena.
Contrato de trabajo: arrendamiento civil de servicios.
Legislación especial sobre contrato de trabajo entre empresario y trabajador.
Convenio colectivo: contrato negociado por representantes trabajadores y empresarios para regular condiciones de trabajo.

8. *Derecho Canónico*

Derecho de la Iglesia Católica como comunidad organizada de creyentes.
Tres aspectos: su importancia y trascendencia histórica: con el Derecho romano formó el Derecho común *(utrumque ius, ius commune).*
Derecho eclesiástico: relaciones entre la Iglesia y el Estado.
Derecho matrimonial: régimen del matrimonio contraído entre católicos.

III. RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PRIVADO

1. *Derecho Civil*

Relaciones entre los ciudadanos. *Ius civile*: derecho del *civis*; se forma por la *interpretatio* de los juristas romanos.
Formado en la sociedad liberal de las codificaciones del siglo XIX.
Progresivo proceso de desintegración.
De la autonomía de la voluntad a la subordinación al Derecho público.
Plan de Savigny: parte general.
Derechos reales.
Obligaciones.
Familia y sucesiones.
Régimen de Derecho común: Código Civil español de 1889.
Derecho foral: compilaciones forales redactadas de 1959 a 1973.

2. *Derecho Mercantil*

Independiente del Derecho civil en el siglo XIX.
Estatutos de mercaderes de la Edad Media.
De la noción liberal de comerciante individual a la moderna de empresa.
Sentido objetivo: actos de comercio.
Sentido subjetivo: empresa y empresarios.
Código de Comercio de 1885.
Estructura de la organización mercantil: empresario, actividad empresarial, establecimiento mercantil.
La Sociedad Anónima

CAPÍTULO VI

¿SOBRE QUÉ SE APLICA EL DERECHO?

El Derecho, al actuar sobre las diversas relaciones entre los hombres, y de éstos con el Estado y los entes públicos y privados, se divide en ramas o disciplinas jurídicas en atención a los particulares ámbitos en los que se desarrollan.

Originalmente, el Derecho tenía un campo único de aplicación. Como reflejo de las relaciones humanas con los dioses (en las que a la promesa o voto seguía el sacrificio), tanto las promesas y actos contractuales como los delitos que ocasionaban lesiones o daños tenían como consecuencia el sometimiento del cuerpo del deudor u ofensor a la venganza de la víctima, a la que ésta podía renunciar mediante el pago de una compensación económica. Cuando predomina el poder del pueblo, o ente público, sobre los particulares, los magistrados representantes se arrogan el poder de castigar como crímenes (*crimina*), los hechos delictivos más graves, como eran las traiciones o el homicidio, y continúan sometidos a la esfera privada los daños personales o patrimoniales (*delicta*). Se distinguen las relaciones privadas entre los ciudadanos de las relaciones públicas de los particulares con el Estado o sus representantes.

I. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO

Las dos clases de relaciones, entre los particulares y de éstos con el Estado, originan las respectivas concepciones sobre el Derecho privado y el Derecho público. Esta tradicional bipartición del Derecho ha tenido diversas interpretaciones y sentidos en las diferentes épocas históricas:

En el Derecho romano, según la conocida definición de Ulpiano (D.1.1.1.2), «dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es Derecho público el que respecta al estado de la república; privado, el que respecta a la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada». El texto, que ha sido objeto de las más diversas interpretaciones, expone las dos posiciones o distinciones escolásticas de dos aspectos de una misma realidad unitaria como es el Derecho. Para el ciudadano romano, que participa en el ejército y vota en los comicios, así como gestiona sus negocios y ayuda a sus clientes y amigos, el Derecho es único, y admite distinciones por las fuentes que lo originan, pero nunca pueden oponerse las reglas que regulan el mandato de los magistrados y las relaciones entre los ciudadanos. Según el historiador Tito Livio, la ley de las XII Tablas era la fuente de todo el Derecho público y privado (*fons omnis publicae privatique iuris*). Las relaciones entre particulares, incluso las delictuales y las procesales, permanecen en el ámbito privado y sólo en una época avanzada son objeto de regulación pública.

En la Edad Media, debido a la influencia del vulgarismo se confunden las nociones de potestad política y de dominio patrimonial, de sumisión política y de prestaciones de servicios. Con la Recepción del Derecho romano se produce un retorno a la distinción clásica. Las Partidas exponen los distintos deberes que crea la ley: los de la jerarquía, los de los iguales o pares y los de la subordinación.

Con el Renacimiento, al comienzo de la Edad Moderna, nuevas ideas y teorías surgen sobre esta división del Derecho. Donello intenta aplicar la concepción de Ulpiano dividiendo las reglas jurídicas conforme a su utilidad pública o privada. Un siglo más tarde,

Domat divide el Derecho en Derecho de gentes, que regula las relaciones de los pueblos; Derecho privado, que se ocupa de los convenios entre los particulares y su comercio y todo lo que puede regularse entre ellos para prevenir sus diferencias y para acabarlas, y Derecho público, que trata de cómo llega al poder el soberano, sus derechos, la administración de justicia, la milicia, las finanzas, las autoridades, la policía de las ciudades y otras materias semejantes.

La Edad Contemporánea se caracteriza por la pugna entre las tendencias liberales y las intervencionistas sobre la prevalencia de uno y otro Derecho. Con las ideas provenientes de la Revolución francesa y del Enciclopedismo se imponen las reivindicaciones liberales que propugnan la primacía de los derechos innatos del hombre frente al Estado, cuya acción debe reducirse a garantizar un cierto orden y policía o cuidado de los intereses colectivos. El Derecho público queda reducido al conjunto de normas instrumentales al servicio del mecanismo del Estado, mientras que el Derecho privado constituye el sistema y fundamento de los derechos y libertades individuales. Sin embargo, las necesidades sociales y la crisis del liberalismo imponen la concepción del Estado providencia y la desmesurada intervención del poder público. Al aumentar la actividad legislativa y el número de leyes que obligan a los jueces, se reduce el ámbito de la autonomía para la ley privada, y el Derecho propende a hacerse él mismo Derecho público (D'Ors). El intervencionismo estatal se realiza por leyes especiales y cambiantes que reducen progresivamente el ámbito del Derecho privado.

Con independencia de las numerosas teorías dualistas, subjetivistas o pluralistas que pretenden explicar esta división atendiendo al sujeto, al objeto o contenido o a la forma, se considera que la relación es de Derecho público cuando el Estado interviene en ella como supremo ente ordenador en virtud de su soberanía. En cambio, si el Estado trata o litiga con el particular en un plano de igualdad, que muchas veces es más ilusorio que real, entonces la relación se considera de Derecho privado y se rige por sus normas.

En el ámbito del Derecho privado se incluyen el Derecho civil, el mercantil y los que regulan las relaciones entre los particulares

en un plano de igualdad aunque estén sometidos a normas públicas de control. Pertenecen a la esfera del Derecho público el Derecho político, administrativo, fiscal, procesal y penal. Las nuevas materias y especialidades, que se van desgajando de las disciplinas tradicionales, como el Derecho agrario, marítimo, aeronáutico, notarial, de registros y marcas, etc., difícilmente pueden encuadrarse en una u otra esfera pública o privada, ya que sus normas son de las dos clases.

Es importante, sin embargo, distinguir la esfera pública o privada de las distintas situaciones, ya que determinan no sólo la autonomía de las partes y la efectividad de los actos, sino también la jurisdicción y el procedimiento a seguir. Así, el particular deberá actuar ante la jurisdicción ordinaria cuando se trate de cuestiones de índole civil o penal. Si el Estado, mediante sus funcionarios o representantes, actúa como sujeto de Derecho privado, responde de los posibles daños ante los Tribunales ordinarios. El Tribunal Supremo ha establecido en numerosa jurisprudencia que las dudas que en esta esfera se susciten habrán de ser decididas con criterio extensivo de la jurisdicción común y atrayente.

Incluso las materias que tradicionalmente vienen considerándose Derecho privado, como el Derecho civil, están siendo inevitablemente invadidas por normas de carácter público. El Código Civil contiene normas de Derecho público, como las de interpretación de las leyes y su entrada en vigor, la forma del matrimonio o la prescripción de las acciones.

II. RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PUBLICO

1. *Derecho Político* y *Derecho Constitucional*

El Derecho Político se ocupa de las leyes y principios que regulan el gobierno del Estado. El adjetivo político viene de *polis*, ciudad en griego, porque era la primitiva forma de agrupación humana con fines religiosos y de defensa y protección de sus habitantes, así como la sede de los órganos de gobierno de la comunidad. También Roma y las primitivas poblaciones romanas (*civitates*) adoptan esta

forma de *polis* o Ciudad-Estado. Desde Roma, como agrupación de aldeas, los romanos llegaron a elevadas concepciones políticas, como el equilibrio republicano de poderes entre los magistrados, las asambleas populares y el Senado. Desde la *civitas,* a las regiones y provincias (de *pro vincere:* territorio de conquista) y al Imperio universal.

El Estado, en su concepto actual de organización política unitaria y representativa, aparece en el siglo XVI cuando se unifican las regiones y minúsculos reinos, después de las guerras de religión. La teoría del Estado es posterior y se debe a J. Bodin (véase cap. VII, IV). El Estado se configura en relación con tres elementos: el territorio o ámbito geográfico, la población que lo habita y la soberanía o poder político abstracto e independiente de los que lo ejercen.

La palabra «nación» procede del término latino *natio,* grupo del mismo origen, y se identifica con Estado actual o que pretende serlo en el futuro. La vigente Constitución española de 1978 introdujo el término «nacionalidades» para referirse a las regiones tradicionales con características propias.

La Patria supone un sentimiento o tendencia afectiva hacia el grupo u organización social a la que se pertenece. Aunque suele identificarse Patria con Estado, el exclusivismo estatal no ha borrado el sentimiento patriótico, basado en la historia común y en la pertenencia a comunidades menores, como regiones y pueblos.

El Derecho Constitucional estudia la Constitución como forma estable en que se estructura el Estado y se organiza el Gobierno. Se considera como una ley superior a todas las demás (ley de leyes).

En las Constituciones de los Estados democráticos se sigue la llamada teoría de la división de poderes, que en su originaria formulación se debe a Montesquieu, en su obra *El Espíritu de las leyes,* del siglo XVIII. Se distinguen los siguientes poderes:

— *Legislativo,* que tiene como misión elaborar las leyes y que reside en los Parlamentos o Cortes, en nuestra terminología.

— *Ejecutivo,* al que se encomienda aplicar o ejecutar las leyes y dirigir la política y la administración pública.

— *Judicial,* cuya función consiste en la interpretación y aplicación de las leyes por los jueces y tribunales de Justicia, que deben actuar como órganos imparciales e independientes.

Estos tres poderes se limitan y controlan recíprocamente, pero, de modo especial, el legislativo y el judicial ejercen el control del ejecutivo para limitar y reprimir las posibles arbitrariedades y abusos de la Administración.

El artículo 1.1 de la Constitución española establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (véase, en el cap. VII, IV el concepto de «Estado de Derecho»).

El apartado 2 de ese mismo artículo 1 dispone que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». Las Cortes Generales representan al pueblo español, que las elige, y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado (art. 66); ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus presupuestos, controlan la acción del Gobierno, intervienen en el nombramiento de su Presidente y pueden ejercitar un voto de censura contra éste.

Territorialmente, el Estado se organiza en municipios, provincias y Comunidades Autónomas. Existen actualmente 17 Comunidades autónomas en España.

2. *Derecho Administrativo*

El poder ejecutivo tiene como principal misión organizar y realizar servicios públicos en beneficio de la colectividad y para ello se vale de la Administración, formada por una organización burocrática de funcionarios dirigida por el Gobierno.

El artículo 97 de la Constitución, que dispone que el Gobierno dirige la política y la Administración, atribuye al Gobierno una doble función:

— Representativa y política para dirigir a la Nación en nombre de la voluntad general del pueblo.

— Organizativa y administrativa al servicio de los fines de la colectividad.

La Administración pública es un órgano o ente de la Administración del Estado, dotado de personalidad jurídica propia y regulado por una rama especial del Derecho denominada Derecho Administrativo.

Se entiende como Administración pública:

a) La Administración del Estado en sus diversos grados y jerarquías.

b) La Administración de las Comunidades Autónomas.

c) Administración local, que corresponde a los Municipios y a las provincias.

d) Las corporaciones e instituciones públicas sometidas al control o tutela del Estado, de las Comunidades Autónomas o del Ayuntamiento o entidades locales.

El Derecho Administrativo, que nace con la Revolución francesa y como consecuencia de las tendencias liberales que limitan los poderes del Estado sobre los particulares, se fundamenta en la concepción del Estado como persona jurídica independiente de los órganos que lo componen. También la Administración pública se considera dotada de personalidad jurídica propia al servicio de los fines colectivos.

Como rama del Derecho público, el Derecho Administrativo es, en parte, derecho de la organización de los servicios públicos y, en parte, derecho que rige las relaciones de la Administración con los ciudadanos.

Conforme al principio de legalidad, consagrado por la Constitución en su artículo 9.1, «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

La Administración se encuentra en una situación de supremacía frente al ciudadano, que se justifica por el interés colectivo, que debe prevalecer frente a los intereses privados y que se traduce en determinados privilegios.

Frente a ellos, el ciudadano puede invocar las siguientes garantías:

— *Garantías económicas:* la lesión o daño económico sufrido por el particular puede ser objeto de una indemnización; el pago del precio justo es requisito previo para la expropiación forzosa.

— *Garantías jurídicas:* exigencia de un procedimiento con audiencia del interesado y un sistema de recursos administrativos y contencioso-administrativos, sustanciados los primeros ante la propia Administración y los segundos ante los Tribunales. Los recursos administrativos ordinarios, que proceden contra los actos no excluidos expresamente y pueden fundarse en la infracción del ordenamiento jurídico, comprenden los recursos de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución, y los de alzada, ante el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución recurrida. Los recursos extraordinarios, como es el recurso de revisión, deben fundarse en los motivos concretos establecidos por la ley y para los supuestos en ella previstos. Existen otros recursos especiales, como el recurso de súplica y las reclamaciones económico-administrativas en materias fiscales.

3. *Derecho Financiero, Derecho Tributario* y *Derecho Fiscal*

Una de las ramas principales del Derecho Público por la trascendencia que tiene en las relaciones entre el Estado y los particulares, e incluso en las relaciones privadas de éstos, es el Derecho que se ocupa de los ingresos y gastos del Estado y de la manera de atender estos últimos mediante los impuestos. Científicamente, se distinguen tres especialidades:

— *Derecho Financiero:* Conjunto de principios y normas que regulan la recaudación, la programación, la gestión y el gasto de los ingresos del Estado y de los entes públicos. Las medidas económico financieras del Estado deben adecuarse a formas establecidas por el ordenamiento jurídico y concretarse en unos procedimientos que permitan el control de los fondos públicos.

— *Derecho Tributario:* Normas que regulan la imposición y recaudación de los tributos y establecen los medios adecuados para or-

denar las relaciones entre los entes públicos exactores de impuestos y los ciudadanos. Trata de los deberes de los contribuyentes y establece las adecuadas garantías de impugnación y defensa.

— *Derecho Fiscal:* Normas que establecen los concretos impuestos vigentes del Estado y de los entes públicos, así como los hechos que dan lugar a la imposición y las escalas y cuantías.

4. *Derecho Penal*

Uno de los poderes tradicionales del Estado es el de castigar aquellos actos ilícitos que la colectividad considera dignos de ser sancionados con una pena. Originariamente eran objeto de la venganza privada de la víctima o de sus familiares y allegados, pero los representantes de la colectividad política asumieron esta función en defensa de la paz social. Como símbolo de su poder de castigar, los magistrados romanos se hacían acompañar de los lictores que portaban las varas y el hacha.

Objetivamente, el Derecho Penal consiste en el conjunto de normas públicas que tipifican los delitos, atribuyen a ellos las penas correspondientes y regulan otras medidas de seguridad.

La antigua severidad de las penas y la aplicación generalizada de la pena capital, que privaba de la vida al culpable, ha sido mitigada por las corrientes liberales y humanitarias. Las doctrinas liberales, que nacen en el siglo XVIII, defienden dos principios: la primacía de la seguridad jurídica y la moderación de las penas. En cuanto a la seguridad jurídica, el ciudadano debe estar protegido frente a las posibles arbitrariedades de jueces y funcionarios y de los llamados errores judiciales. Por ello, se tiende a la desaparición de la pena de muerte, que no admite ninguna reparación. De otra parte, se definen los hechos que constituyen delito y las penas con que se castigan. De ello derivan una serie de principios de rigurosa aplicación:

— No puede imponerse una pena si no está prevista por la ley y para el hecho que se juzga (*nulla poena sine lege*). Las leyes penales son irretroactivas: no será castigada ninguna acción ni omisión que

no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración (art. 1.º del Código Penal).

— No es delito más que el hecho definido como tal antes de que se cometa (*nullum crimen sine previa lege poenale*). Por ello, se considera que son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley (art. 10 del Código Penal).

— Las normas de imposición de penas deben interpretarse restrictivamente y no cabe la extensión por analogía de los preceptos penales.

En cuanto a la moderación de las penas, las corrientes humanitarias del siglo XIX, que destacan la finalidad preventiva, especial en cuanto al delincuente, de impedir la reiteración del delito y la preventiva general de evitar que otros lo cometan, estudian el delito centrándolo en la persona del delincuente y de su entorno social. Para ello han nacido ciencias como la Criminología y la Penología.

Como resultado de estas tendencias, la «Declaración de derechos del hombres y del ciudadano» de 1789 disponía en su artículo 8: «La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.»

Las penas se dividen en privativas de libertad, restrictivas de libertad, restrictivas de derecho y pecuniarias.

El nuevo Código Penal de 1995 trata, en primer lugar de los delitos contra las personas, que comprende desde los actos contra la vida dependiente e independiente y contra la salud y la integridad corporal, pasando por la libertad, personal y sexual, y la intimidad y el honor, hasta los delitos contra las relaciones familiares. Se regulan después los delitos contra el patrimonio, el orden socioeconómico y la colectividad y los delitos contra el Estado y la comunidad internacional. Se cierra la exposición del Código vigente con las faltas y la legislación penal especial en materias de delitos electorales, contrabando, navegación aerea y jurisdicción militar.

5. *Derecho Internacional Público*

Este Derecho regula las relaciones entre los Estados y también entre los entes y organizaciones de carácter supraestatal. Por razón de estas relaciones se distingue entre el derecho externo, en que el Estado interviene como sujeto de la comunidad internacional, y el derecho interno, en que legisla para sus propios ciudadanos.

La existencia de un Derecho internacional en Roma, denominado, con un término más general, Derecho de gentes (*Ius gentium*), se desprende claramente de las fuentes. Para el genio jurídico romano las relaciones entre los pueblos estaban también sometidas a procedimientos jurídicos.

En el mundo cristiano, el respeto a las normas de un Derecho de gentes y a una comunidad cristiana de naciones, basada en la autoridad del Papa, motivan que las guerras sean consideradas justas o injustas en las obras y discusiones de teólogos y juristas.

La existencia de un Derecho Internacional y de unas reglas de obligado cumplimiento para todas las naciones es una conquista moderna, que todavía presenta excepciones y deficiencias. La voluntad soberana de los Estados aún no acepta plenamente la existencia de organismos supranacionales que puedan ejercitar la coacción o la fuerza en caso de violaciones de los principios y reglas. El régimen de la responsabilidad internacional nace de los usos y costumbres y se consolida a lo largo del siglo XIX con el recurso al arbitraje cuando surgen conflictos entre los Estados. En los modos de solución de estos conflictos, con intervención de un tercero, se distingue entre modos no jurisdiccionales, en el seno de las relaciones diplomáticas o en el marco de las Organizaciones internacionales, y modos jurisdiccionales, por la intervención de los Tribunales internacionales de Justicia.

La organización internacional más importante es la ONU, Organización de las Naciones Unidas, creada por la «Carta de San Francisco» de 1945.

6. *Derecho Internacional Privado*

La frecuencia y facilidad de las relaciones internacionales entre ciudadanos de diferentes Estados hacen que deban existir unas normas para resolver los casos en que éstos aparecen implicados. Si una alemana se casa con un español, ¿se aplica a su separación y divorcio, o al régimen matrimonial de bienes, el Derecho alemán o el Derecho español?

Para regular estos conflictos de legislación y de competencias entre jueces nace el Derecho Internacional Privado. En cuanto se refieren a la actuación de los Tribunales, son normas de Derecho público e interno del Estado; en cuanto tratan de relaciones entre particulares, son de Derecho privado.

Las soluciones son varias, ya que algunas legislaciones siguen el criterio de aplicar sólo el Derecho nacional mientras que otras permiten al juez aplicar o tener en cuenta el Derecho extranjero, o permiten encomendar a un determinado juez la decisión del caso (principio de justicia rogada). Otras legislaciones, en fin, dictan normas de conflicto y resuelven según las materias de que se trate.

Cuando en un mismo Estado existe pluralidad de legislaciones regionales, como en España por la existencia de nacionalidades y regiones autónomas, se impone una regulación de los posibles conflictos entre ellas por medio del Derecho interregional.

7. *Derecho del Trabajo*

El Derecho laboral o del trabajo nace como una nueva disciplina que regula las prestaciones de trabajo productivo y libre realizado por cuenta ajena. El contrato de trabajo se realiza entre el empleador o empresario y el trabajador, que cede los productos de su trabajo a cambio de una remuneración o contraprestación económica.

Tradicionalmente, la prestación de servicios se incluía en el contrato civil de arrendamiento de servicios, en el que prevalecía la li-

bertad de las partes para pactar las condiciones de contratación. Como consecuencia de la revolución industrial del siglo XIX, los movimientos reivindicativos de la clase obrera y la aparición de los sindicatos, nace una legislación especial sobre el contrato de trabajo y las condiciones y modalidades de su realización. La importancia creciente de estas relaciones laborales determina la aparición de una disciplina independiente en el ámbito de las ciencias jurídicas y también de una jurisdicción especial para ocuparse de los conflictos entre trabajadores y empresarios.

Especial importancia tiene el convenio colectivo. Consiste en un contrato negociado y celebrado por representaciones de trabajadores y empresarios con la finalidad de regular las condiciones de trabajo en un determinado sector productivo.

8. *Derecho Canónico*

El Derecho canónico es el Derecho de la Iglesia católica como comunidad organizada de creyentes. Pueden destacarse tres aspectos en este Derecho:

a) Su importancia y trascendencia histórica: con el Derecho romano formó el Derecho común (*ius commune; utrumque ius*) por el que se rigió el Imperio cristiano de Occidente. Las reglas y principios de este Derecho histórico han pasado a formar parte de los actuales Derechos europeos, como esencial elemento integrador que hace necesario su estudio.

b) Como Derecho eclesiástico, o Derecho legislado del Estado, que regula las relaciones entre la Iglesia y el Estado. El convenio entre ambas potestades recibe el nombre de Concordato.

c) Como Derecho matrimonial, que regula el régimen y efectos del matrimonio contraído entre católicos. Las sentencias de los Tribunales eclesiásticos en materia de separación y nulidad (pero no de divorcio, que está expresamente excluido por el carácter sacramental del vínculo matrimonial), tienen efectos civiles, aunque debe tramitarse su ejecución ante los jueces y tribunales ordinarios.

III. RAMAS O MATERIAS DEL DERECHO PRIVADO

1. *Derecho Civil*

Históricamente, coincide con el Derecho privado y regula las relaciones entre los ciudadanos teniendo un amplio contenido, del que se han ido separando diversas ramas y materias.

En Roma, *Ius civile* es el Derecho del ciudadano (*civis*) y se formó por la labor de *interpretatio* de los jurisconsultos. De una parte, se establece un dualismo entre el *ius civile,* como derecho jurisprudencial, y el *ius honorarium,* creado por el Pretor en virtud de su *iurisdictio,* que se refleja en la evolución paralela de sus instituciones («el derecho honorario es la viva voz del Derecho civil», Marciano, D.1.1.8). De otra parte, en oposición al *ius gentium* y al *ius naturale, es* «el derecho que cada pueblo establece para sí» (Gayo 1.1; D.1.1.9). El emperador Justiniano mandó recopilar toda la sabiduría jurídica romana en un libro llamado *Cuerpo del Derecho* (*Corpus iuris*), y desde la Edad Media, *Corpus iuris civilis* para distinguirlo del *Corpus iuris canonici,* comprensivo del derecho de la Iglesia.

El Derecho Civil florece y tiene su máximo apogeo en la sociedad liberal de las codificaciones del siglo XIX. Es consecuencia del triunfo del principio de la prevalencia de la iniciativa privada y de la autonomía de la voluntad. En nuestra época, con la creciente invasión del Derecho público y el profundo cambio de las circunstancias sociales y económicas, el Derecho civil está en crisis en primer lugar por un progresivo proceso de desintegración; muchas disciplinas que a él pertenecieron adquieren carácter científico y contenido propios, como el Derecho mercantil, agrario, registral, aeronáutico, hipotecario, etc. En segundo lugar, el principio de la autonomía de la voluntad, que inspiraba el régimen de los bienes y la propiedad, los contratos y la herencia, se subordina a las normas públicas en aras de los superiores intereses de la colectividad. No obstante, sigue siendo el Derecho Civil el que inspira con sus principios todo el ordenamiento jurídico.

El Derecho Civil regula en general las circunstancias jurídicas de la persona desde su nacimiento hasta su muerte.

El contenido tradicional del Derecho Civil se divide por Gayo en los tres grandes grupos de personas, cosas y acciones. Sobre bases romanísticas, Savigny distinguía cinco secciones: parte general, derechos reales, obligaciones, familia y sucesiones. Este es el plan adoptado por el Código Civil alemán y el más seguido por la doctrina.

El Código Civil español de 1889, promulgado durante la regencia de María Cristina, consta de 1.976 artículos, distribuidos en un Título preliminar, que versa sobre las normas jurídicas y su eficacia y aplicación, y cuatro libros, que tratan sobre las personas, los bienes, la propiedad y sus modificaciones, los modos de adquirir la propiedad y las obligaciones y contratos. Pese a los defectos que se le atribuyen, el Código Civil español tuvo el enorme mérito de terminar con la anarquía legislativa hasta entonces existente. Se alaba su concisión y claridad de lenguaje.

Algunas regiones españolas tiene un régimen civil especial, el llamado Derecho foral, consistente en instituciones históricas y tradicionales. El Derecho foral se encuentra promulgado en las compilaciones forales, redactadas de 1959 a 1973, con posteriores reformas.

El artículo 149.1 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales allí donde existan».

También la Disposición Adicional 1.ª de la Constitución afirma que ésta «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Expondremos en el capítulo décimo las más importantes instituciones de Derecho Civil.

2. *Derecho Mercantil*

Como disciplina científica independiente del Derecho Civil, el Derecho Mercantil se configura en el siglo XIX. Aunque los prece-

dentes históricos suelen encontrarse en las prácticas y estatutos de las corporaciones de mercaderes de la Alta Edad Media, creemos que es necesario remontarse a las especialidades que para el comercio y determinados contratos ofrece el Derecho romano. El comercio y los usos mercantiles fueron ampliamente practicados y difundidos en el mundo antiguo, especialmente por los fenicios, griegos, cartagineses y romanos. En Roma existían poderosas corporaciones de comerciantes y navieros, cuyos emblemas y símbolos pueden verse todavía en los mosaicos de la Plaza de las Corporaciones de Ostia antigua.

Como disciplina independiente, el Derecho Mercantil ha tenido un extraordinario desarrollo en nuestro siglo a impulsos del crecimiento y progreso del comercio y de las actividades comerciales de las empresas. De la noción liberal de comerciante individual se ha pasado a la noción de empresa, que engloba las diversas actividades, desde la producción a la intermediación o venta.

En un sentido objetivo se definen los actos de comercio como aquellas operaciones tradicionalmente consideradas como comerciales y que están reguladas en el Código de Comercio o que, sin estarlo, tengan naturaleza análoga.

En una concepción subjetiva, que es la que actualmente se sigue, se considera al Derecho Mercantil como el que regula la actividad profesional de los empresarios.

La materia propia del Derecho Mercantil está regulada, de modo general, por el Código de Comercio de 1885, que ha sufrido varias reformas y ha sido complementado por diferentes leyes referidas a cuestiones concretas.

La estructura de la organización mercantil se basa en tres conceptos fundamentales: el empresario, la actividad empresarial y el establecimiento mercantil.

Empresario es el titular de la empresa, que es sujeto de los derechos y obligaciones que nacen de la actividad empresarial.

Por actividad empresarial se entiende aquella actividad económica, organizada y profesional, ejercitada con una finalidad de producción o cambio de bienes y servicios para el mercado.

El conjunto de bienes y de servicios que forman el patrimonio de la empresa se considera como una entidad compleja que recibe el nombre de establecimiento comercial o industrial. Este establecimiento se considera en las legislaciones y en la jurisprudencia como un ente universal distinto de los bienes que lo componen.

En el régimen jurídico de la empresa tiene una especial importancia, por ser la forma asociativa más utilizada, la sociedad anónima. Se trata de una sociedad capitalista, por acciones y de responsabilidad limitada, cuya última regulación se ha realizado por Decreto de 22 de diciembre de 1989. Existen, además, otros tipos de sociedades: colectiva, comanditaria y de responsabilidad limitada.

AUTOEVALUACIÓN

El concepto de Estado procede de:

- ☐ A) Los juristas romanos.
- ☐ B) Los revolucionarios franceses.
- ☐ C) Jean Bodin.

El Derecho fiscal se incluye en:

- ☐ A) El Derecho privado.
- ☐ B) El Derecho de gentes.
- ☐ C) El Derecho público.

La Administración pública:

- ☐ A) Está al servicio de la comunidad.
- ☐ B) Se sirve de los ciudadanos.
- ☐ C) Sirve a los partidos políticos.

La distinción entre Derecho público y privado tiene origen:

- ☐ A) Medieval.
- ☐ B) Romano.
- ☐ C) Moderno.

El Derecho civil contiene sólo normas de:

- ☐ A) Derecho público.
- ☐ B) Derecho privado.
- ☐ C) Derecho público y Derecho privado.

El Derecho mercantil se incluye en:

- ☐ A) El Derecho público.
- ☐ B) El Derecho privado.
- ☐ C) El Derecho de gentes.

Según la distinción romana, Derecho público es:

- ☐ A) El que se refiere al Estado.
- ☐ B) El que se refiere al pueblo.
- ☐ C) El que respecta al estado de la República.

La distinción entre Derecho de gentes, Derecho privado y Derecho público es de:

- ☐ A) Justiniano.
- ☐ B) Domat.
- ☐ C) Ulpiano.

La distinción entre Derecho público y Derecho privado es de:

- ☐ A) Ulpiano.
- ☐ B) Domat.
- ☐ C) Justiniano.

La sociedad anónima es:

- ☐ A) De responsabilidad limitada.
- ☐ B) Una sociedad capitalista por acciones.
- ☐ C) Una sociedad colectiva.

Las acciones son propias de una sociedad:

- ☐ A) Comanditaria.
- ☐ B) Anónima.
- ☐ C) Colectiva.

El Derecho foral es:

- ☐ A) El Derecho vigente en determinados territorios.
- ☐ B) El Derecho civil no codificado.
- ☐ C) El Derecho consuetudinario europeo.

La teoría de la división de poderes fue formulada por:

- ☐ A) Maquiavelo.
- ☐ B) Bodin.
- ☐ C) Montesquieu.

La Constitución española establece:

- ☐ A) Un Estado federal.
- ☐ B) Un régimen autonómico con competencias limitadas.
- ☐ C) Un régimen autonómico con competencias ilimitadas.

CAPÍTULO VII

¿QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA EL DERECHO?

¿Para qué sirve el Derecho, qué funciones desempeña en la convivencia social? Fundamentalmente, las cinco que a continuación se expresan:

I. SOLUCIONAR LOS CONFLICTOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

Las polémicas dentro del grupo son inevitables, proporcionando el Derecho un medio de resolverlas ordenadamente, evitando así que cada uno se tome la justicia por su mano. La forma más primitiva de resolver las contiendas de modo no violento fue el *arbitraje*. En las sociedades modernas esa forma es la aplicación del Derecho.

II. DOTAR DE VALORES A LAS RELACIONES SOCIALES

La solución de los conflictos por el Derecho no sólo debe ser ordenada, sino además *justa;* el Derecho debe proyectar sobre la sociedad el *valor de la justicia*, para lo que se precisa que el propio Derecho sea *justo.*
Además de proyectar sobre la sociedad justicia, el Derecho ha de proporcionar *igualdad* y *moralidad.*

III. MODELAR LA ESTRUCTURA Y LA DINAMICA DEL GRUPO

La sociedad, sobre la que se proyecta el Derecho, es cambiante, por lo que éste ha de acomodarse a las evoluciones sociales, modificando sus normas. En esa función, la dinámica del grupo opera sobre el Derecho.
Pero también el Derecho influye sobre la estructura del grupo y sobre su dinámica, modificando sus comportamientos mediante normas que o bien estimulen una determinada conducta o bien la inhiban.

IV. CREAR UN MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL PODER

Dentro del Estado de Derecho, el ordenamiento jurídico tiene la función, importantísima, de regular y controlar el ejercicio del poder, que el Estado ha de utilizar con sujeción a las leyes. Con el Estado de Derecho, el hombre deja de ser súbdito para convertirse en ciudadano.

CAPÍTULO VII

¿QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA EL DERECHO?

En los capítulos anteriores hemos contemplado el Derecho desde una serie de perspectivas —su concepto y descripción, su procedencia, el modo como se manifiesta, su aplicación práctica y cómo se concreta en las diferentes ramas jurídicas—, con lo que se ha pretendido ofrecer una imagen de la realidad jurídica que fuera suficiente para quienes por primera vez se acercan a ella. En el presente capítulo se aborda una cuestión sin cuya consideración esa visión globalizadora quedaría incompleta: cuáles son las funciones que desempeña el Derecho dentro de la realidad social, o dicho en términos mucho más vulgares, para qué sirve el Derecho.

No es que queramos abonar una concepción puramente pragmática del mismo —toda la disciplina que se conoce como «Filosofía jurídica» es una meditación sobre el Derecho desde planteamientos teoréticos—, pero es necesario subrayar que éste no es sólo, ni debe ser, el producto de una construcción filosófica, sino que está, a fin de cuentas, proyectado hacia el terreno de los hechos, inseparablemente unido a lo fáctico, de modo que de poco servirían las elucubraciones anteriores (ni tan siquiera tendrían sentido) si nada se dijera sobre el papel efectivo que desempeña en la pura realidad en que los hombres viven y se relacionan.

Hablamos de *funciones*, en plural, porque son varias, aunque, como veremos a lo largo del desarrollo del tema, están todas ellas conectadas entre sí. Dichas funciones son las siguientes, cada una de las cuales será objeto del apartado correspondiente:

— Solucionar ordenadamente los conflictos surgidos entre los miembros del grupo y tratar de evitar que se produzcan.

— Incorporar determinados valores a las relaciones que por tales miembros se establezcan.

— Diseñar un marco jurídico dentro del cual se muevan no sólo los particulares, sino también el poder.

I. EL DERECHO Y LOS CONFLICTOS ENTRE LOS MIEMBROS DEL GRUPO

La faceta más aparente del Derecho, es decir, aquella desde la que más primaria y vulgarmente se le contempla, y acaso para muchos la única que tiene, es aquella que lo concibe bajo el prisma de la utilidad más inmediata: el Derecho sirve —según esta visión excesivamente simplista de lo jurídico— para resolver las polémicas que nacen en el seno de la convivencia.

Los grupos humanos no están constituidos precisamente por ángeles, sino por seres llenos de defectos: la codicia, el odio, la animadversión hacia los demás. Por otra parte, en las relaciones entre los miembros del grupo se entrecruzan a menudo intereses materiales, que cada uno defiende sin otra mira que su propio egoísmo y hasta, si puede, pretende incrementar a costa de los otros. No faltan, en fin, sujetos dominados por un instinto de agresividad que descargan sobre quienes les rodean incluso aunque con ello no obtengan lucro alguno. Contando con este tejido social —pesimista, pero, por desgracia, real— las controversias, disputas, antagonismos, enfrentamientos y polémicas de toda especie tienen que ser, como lo son, cotidianas.

Mas sería suicida, acabaría con la sociedad misma, resolver esas situaciones de modo privado, tomándose cada uno la justicia por su mano. Lo prudente, lo más conveniente para todos —y así lo han comprendido los hombres desde antaño—, es que los antagonistas se

sometan a una instancia imparcial que acabe por dar la razón a uno o a otro o por encontrar una solución ponderada a las posiciones encontradas. La forma más antigua de resolver de modo no violento las contiendas fue el *arbitraje:* las partes involucradas en el conflicto designaban un árbitro al que encomendaban la solución de la polémica, comprometiéndose a acatar su decisión.

Pero los árbitros actuaban «según su leal saber y entender», recurriendo a una especie de justicia instintiva, su propia prudencia y el sentido común; es decir, realizaban juicios de conciencia, pero no aplicando normas jurídicas. Cuando históricamente aparece la figura del juez es cuando el Derecho asume la función de dirimir los conflictos, si bien aún persiste en los ordenamientos actuales la institución arbitral; así, por ejemplo, el artículo 402 del Código Civil prevé que, cuando una cosa pertenezca a varios propietarios, la división de la misma «podrá hacerse por los interesados o por árbitros o amigables componedores nombrados a voluntad de los partícipes», y el 1.820 contempla la posibilidad de que algunas personas comprometan en un tercero la decisión de sus contiendas.

Tales reliquias del viejo arbitraje son, sin embargo, excepcionales. La regla general es hoy que sea el Derecho el que ofrezca soluciones a los casos conflictivos surgidos entre los componentes del grupo social, con la esencial diferencia de que mientras someterse al laudo de un árbitro es potestativo de las partes, la sumisión al Derecho es obligada, en virtud de la imperatividad que éste posee y a la que nos referimos en el capítulo II. Gracias, pues, a las reglas jurídicas, las relaciones sociales conflictivas se resuelven sin recurrir a la fuerza individual haciendo llevadera la convivencia: se impide que triunfe el engaño sobre la ingenuidad, se pone coto a la audacia y al egoísmo, se defiende al agredido frente al agresor.

Pero no sólo actúa el Derecho cuando aparece la polémica, sino que, en general, establece pautas para casos en que, reinando la armonía entre las partes, se hace sin embargo necesario dar una solución a ciertas situaciones de hecho precisamente para evitar que surja la contienda.

Con lo dicho, queda de manifiesto que el Derecho, además de resolver conflictos, se adelanta, por así decirlo, a los mismos y ofrece

las normas adecuadas para impedir que nazcan, dotando de ordenación legal a las posibles relaciones que puedan establecerse, disponiendo el papel que corresponde a cada uno de los sujetos que en ellas intervengan y señalando los respectivos derechos y deberes. Lo cual proporciona seguridad jurídica a los ciudadanos, pues cualquiera que establezca con otro un contacto en el ámbito del Derecho sabe de antemano cuáles van a ser las consecuencias y qué efectos van a derivarse.

II. EL DERECHO Y LA DOTACIÓN DE VALORES A LAS RELACIONES SOCIALES

Acabamos de decir que el Derecho, a través de sus normas, pone orden en las relaciones establecidas por los hombres distribuyendo entre ellos facultades y obligaciones. Esto, estrictamente, es verdad, pero si tomamos esta afirmación al pie de la letra podrían producirse consecuencias que nadie aceptaría. Pensemos en una hipotética norma jurídica que dispusiera que, habiendo varios herederos, los que tengan una estatura superior a 1,70 metros recibirán una cuota hereditaria doble de la de los que no alcancen dicha talla; o en una disposición que estableciera que los alumnos rubios abonarán unas tasas escolares superiores a las de los morenos. No cabe duda de que tales normas ordenarían, regularían las herencias y las matrículas académicas, pero a cualquiera se le ocurre que serían absolutamente reprochables porque en ellas se advierte una radical injusticia al establecer diferencias que carecen de todo fundamento y de toda lógica.

Luego el aserto inicial de que el Derecho ordena las relaciones sociales ha de completarse afirmando que no es admisible cualquier ordenación, sino precisamente aquella que, de todas las posibles, sea la *justa;* o, lo que es lo mismo, que el Derecho ha de regular dichas relaciones de tal modo que las mismas sean justas. Eso es lo que, en el lenguaje de la filosofía jurídica, se expresa cuando se dice que el Derecho debe proyectar sobre la sociedad *el valor de la justicia.* Lo cual requiere, por supuesto, que el Derecho sea portador de ese valor, que se trate de un *Derecho justo,* pues es evidente que, si careciera del citado valor, mal podría ser vehículo transmisor del mismo.

La exigencia de que el Derecho sea justo generó en el pasado ciertas posturas radicales que de esa premisa sacaban la conclusión de que el Derecho injusto no es Derecho, siguiéndose de ahí la consecuencia de que no obliga a cumplirlo. Así lo afirmaba tajantemente San Agustín al decir que «no hay ley que no sea justa» (o, lo que es lo mismo, si no es justa, no es ley), opinión recogida siglos más tarde por Santo Tomás y en general por la Escolástica, que, por ese camino, construyó la doctrina del derecho de *resistencia* frente a la ley injusta, llegándose incluso a defender por algún autor de la Escuela española del Derecho natural la licitud del tiranicidio —la muerte violenta del tirano— en casos extremos de ejercicio radicalmente injusto del poder.

Hoy, sin embargo, la tesis resulta indefendible. En primer lugar porque, estrictamente hablando, no existen leyes íntegramente justas, puesto que la ley es elaborada por los hombres y no hay legislador capaz de incorporar a la norma de modo absoluto el valor de la justicia, como no hay ningún artista que plasme en su obra plenamente el valor de la belleza. Por otra parte, quebrantaría grandemente el orden social dejar a merced de los ciudadanos el obedecer o no las leyes según las reputaran justas o injustas (apreciación, además, que, en no pocos casos, tiene mucho de subjetiva). El Derecho, cuando ha sido promulgado por quien tiene potestad para ello y con las formalidades preceptivas (por ejemplo, una ley aprobada por el Parlamento), es siempre Derecho, independientemente de la justicia o injusticia de sus prescripciones; cuando el grupo social o un sector del mismo entienda que una ley es injusta, lo que tiene que hacer es intentar su modificación por los sistemas previstos en los regímenes democráticos: campañas de prensa, manifestaciones públicas o cualquier otro medio lícito de presión social sobre el poder e incluso intentar la sustitución de éste a través de unas elecciones que den paso a un nuevo Parlamento que proceda a derogar aquella ley.

Ciertamente, el valor de la justicia es el más importante de los que el Derecho debe proyectar sobre las relaciones sociales, pero no es el único. Ha de incorporar también el valor de la *igualdad,* de modo que las leyes se apliquen a todos sin distinciones ni privilegios, principio recogido en el artículo 14 de nuestra Constitución: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer

discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

Debe también ser el Derecho portador del valor de la *moralidad,* sin que nos refiramos con ello a un determinado orden moral, generalmente vinculado a credos religiosos (moral cristiana, moral islámica, etc.), sino a lo que se denomina *moral social,* que es el conjunto de valores éticos reconocidos y aceptados como vigentes por una determinada sociedad; cada grupo juzga unas conductas como éticamente positivas y otras como reprobables según el sentir general (como se dice en lenguaje vulgar, hay comportamientos que están «bien vistos» o «mal vistos» por la generalidad de los miembros del grupo). Esta moral no es, claro está, la misma en todas las sociedades y se modifica al compás de los tiempos, de modo que, dentro del mismo grupo, sus postulados pueden varias siguiendo los cambios operados en él; paralelamente, el Derecho, que también es mudable, debe ajustarse a la moral social que prevalezca en el grupo en cada momento moralizando, en el sentido indicado, las relaciones que regula.

III. EL DERECHO MODELA LA ESTRUCTURA Y LA DINÁMICA DEL GRUPO

Decíamos en el capítulo primero, y lo hemos repetido después con frecuencia, que el Derecho es un orden regulador de la convivencia social, un elemento que ordena y da estructura al grupo para que la vida colectiva no sea un caos, como —según no pocos autores— debió de ser la humanidad primitiva en la que los hombres se atacaban los unos a los otros llevados de su instinto naturalmente agresivo («el hombre es un lobo para el hombre», en la conocida afirmación de Hobbes, que tomó de autores del mundo clásico), dando lugar a una situación más de fieras que de hombres (*stato ferino* la llamó Vico), a la que puso fin la aparición del Derecho.

Esta íntima conexión entre el Derecho y el grupo social tiene como consecuencia que aquél se vea inevitablemente afectado por las oscilaciones y mudanzas que se produzcan en éste. Pocas cosas

hay más cambiantes que las sociedades humanas, que de continuo modifican las formas de comportamiento de los miembros que las integran: la incorporación sucesiva de las generaciones, la aparición de novedades técnicas (piénsese, por ejemplo, en lo que ha significado la generalización del uso de la electrónica), el surgimiento de nuevas ideas —filosóficas, morales, económicas, políticas...— y el mimetismo que opera sobre los grupos y les lleva a adoptar formas de conducta de los otros (la moda es un ejemplo paradigmático de ello), constituyen, entre otros, factores que hacen de cada sociedad una realidad proteica y tornadiza, sujeta a mutaciones que en algunas épocas, como la que hoy vivimos, se producen con una rapidez pasmosa.

Todo ello lleva a la afirmación de que los grupos humanos son esencialmente dinámicos, sometidos de modo imparable al curso de la historia. Y esta historicidad de lo social se transmuta al Derecho, que tiene que cambiar al compás de las variaciones de lo que es el objeto de su regulación. Unas normas promulgadas hoy para regular una determinada relación pueden ser perfectas, impecables y atinadas, pero si tal relación va cambiando en la práctica social por la influencia de los factores que antes señalamos, se aleja paulatinamente de aquellas normas, que acaban por resultar inaplicables a la nueva realidad: el Derecho adolecerá de anacronismo, fenómeno al que ya aludimos en el capítulo IV.

Para evitar que esto se produzca, el orden jurídico ha de acompasarse a las evoluciones de la sociedad adaptando sus normas a los sucesivos estadios de ésta. Sin embargo,se plantea aquí un problema de política legislativa; admitida la necesidad de acomodación de las normas a las evoluciones sociales, ¿es bueno que el Derecho cambie tanto y con tanta rapidez como lo hace el grupo social? Un ordenamiento sacudido por constantes y súbitas mutaciones pone en evidente peligro la seguridad jurídica de los ciudadanos, que nunca tendrán la certeza de que el acto legal que hoy realizan seguirá siéndolo mañana o de si tendrá las mismas consecuencias y alcance previstos en la legislación actual, con arreglo a la cual han actuado.

Naturalmente, toda norma es modificable, pero la prudencia del legislador debe evitar que se llegue a lo que muy gráfica-

mente llamaba Karl Schmitt «una legislación motorizada y ortopédica», es decir, de gran movilidad y limitada a una labor de «parcheo», dictando normas concretas y con frecuencia improvisadas para atender situaciones también concretas. El ordenamiento jurídico —lo dijimos en el capítulo IV— es un sistema dotado de coherencia interna, por lo que la precipitada modificación de una norma puede chocar con otras disposiciones no alteradas. Lo acertado será, pues, que, cuando sea evidente la necesidad de una reforma, ésta se haga de forma meditada y teniendo en cuenta las repercusiones de la misma en el conjunto del sector del sistema a que afecte.

Por regla general, siempre serán más frecuentemente reformables las normas de menor rango y habrá, en cambio, que pensarse más la modificación de aquellas que ocupan los lugares superiores de la escala jerárquica normativa: el precio de la gasolina puede variarse cada quince días mediante simples Ordenes ministeriales, pero no es cosa de reformar la Constitución transcurridos unos pocos años de su promulgación. El Código Civil español, que entró en vigor en 1889, apenas si sufrió modificación alguna (sólo dos, de muy escasa importancia) hasta cincuenta años después, en 1939.

Esta adaptación de las normas a la cambiante realidad social de la que venimos hablando crea una inevitable imagen peyorativa del Derecho, pues lo presenta como yendo siempre «a remolque» de esa realidad, sometido a ella y con la sola y servil función de legalizar las nuevas situaciones que van apareciendo: es la estructura social la que influye sobre el Derecho y lo determina en sus contenidos.

Pero la misión del Derecho no se reduce a eso, sino que también tiene un protagonismo importante que le hace ir «por delante» del cambio social, orientándole en el sentido deseable y justo, siendo en fin motor de la dinámica social. Dos ejemplos servirán para ilustrar esta influencia del Derecho sobre la estructura del grupo y el comportamiento de sus miembros. Supongamos que, en un momento determinado, se aprecia que los ciudadanos disponen con excesiva largueza de su patrimonio dejando de practicar conductas ahorrativas, lo que en nada beneficia a la economía nacional; unas adecua-

das disposiciones que incentiven el ahorro, mediante beneficios fiscales u otras medidas parecidas, sin duda harán que aparezcan de manera espontánea comportamientos que limiten los gastos excesivos. Otras veces, al contrario, el Derecho sirve para inhibir ciertas tendencias no deseables que se manifiestan en el seno de la sociedad; cuando, por ejemplo, aumenta de modo notable la comisión de un determinado delito, una reforma legal que endurezca las penas señaladas para el mismo puede ser un instrumento eficaz para combatir el incremento de esa conducta.

Por estos procedimientos, suscitando y alentando los comportamientos positivos y reprimiendo los negativos, el Derecho realiza la función de conformar la estructura del grupo y dirigir su dinámica por los cauces de la justicia y del bien común.

IV. EL DERECHO CREA UN MARCO JURÍDICO PARA EL EJERCICIO DEL PODER

En la descripción que venimos haciendo de las funciones que el Derecho desempeña, los apartados precedentes lo han contemplado en su conexión con los particulares, con los miembros singulares del grupo y con las relaciones que entre ellos puedan establecerse. Pero en toda sociedad humana organizada no sólo existen los elementos individuales que la integran, sino también un factor sin el cual es impensable la existencia de tal grupo social organizado: el *poder*. En el poder reside la capacidad de mando, la autoridad máxima que se extiende sobre los integrantes del grupo, y es, además, el depositario de la fuerza.

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad —salvo los breves paréntesis de la democracia ateniense y cortos períodos de la historia de Roma—, todas las potestades del poder estuvieron concentradas en la persona del monarca, que lo ejercía sin freno ni límites: era así un *poder absoluto* que en manos de un soberano justo podía ser incluso beneficioso para los súbditos, pero que en cualquier caso estaba siempre abierto a toda suerte de arbitrariedades sin que aquéllos tuvieran otra posibilidad que la de soportarlas.

Pero a comienzos del siglo XVI empieza a generarse una noción hasta entonces desconocida, la noción de *Estado* (la palabra «Estado» es una aportación de Maquiavelo), que recibe un definitivo desarrollo en la obra del francés Jean Bodin al atribuirle como elemento esencial el concepto de *soberanía:* el Estado se reconoce porque tiene *soberanía,* lo que quiere decir que no existe ningún otro poder por encima de él. Pero la innovación verdaderamente importante que trae el concepto de Estado es la de que, a partir de la existencia del mismo, el poder queda despersonalizado, no vinculado a la figura del monarca. Sin embargo, la despersonalización del poder no bastaba por sí sola para eliminar la posible arbitrariedad ni la indefensión ante ella de los súbditos: existía el Estado, pero éste podía ser absoluto, como cínicamente manifestaba Luis XIV con su célebre *l'Etat c'est moi.*

El siguiente paso lo constituyó la aparición en el siglo XIX —de la mano de la ideología liberal— del concepto de *Estado de Derecho,* que sustancialmente consiste en la afirmación de que no sólo los particulares están sujetos al Derecho, sino también el propio Estado, cuya actividad habrá de desarrollarse dentro del marco que las leyes señalen, lo que no quiere decir que toda la actividad del Estado deba realizarse de acuerdo con normas previamente establecidas: las «decisiones políticas», por ejemplo, son libremente adoptadas por el poder, no son regladas. Pero fuera de estos casos y algún otro similar, la esencia del Estado de Derecho está en que se reconoce a aquél como titular del poder y de la fuerza, pero son un poder y una fuerza controlados por las leyes, lo que representa una garantía para el ciudadano, que queda a cubierto de posibles abusos o arbitrariedades, debe ser respetado en sus derechos por el Estado e incluso dispone de recursos legales para exigir del mismo responsabilidades en los casos de extralimitaciones en el ejercicio del poder.

Todo esto representa un gran avance sobre la situación anterior, pero lo que realmente importa destacar es que con el Estado de Derecho adquiere pleno protagonismo la *persona humana:* el hombre deja de ser súbdito para pasar a ser ciudadano, lo que quiere decir que ya no es un sujeto pasivo del poder, sino que tiene potestad para controlar a éste: el poder actúa de acuerdo con las leyes, pero

éstas son el resultado de la voluntad popular. De ahí que el Estado de Derecho únicamente pueda funcionar como tal dentro de un sistema político auténticamente democrático.

En definitiva, como dice Legaz, «Estado de Derecho es aquel que realiza una determinada concepción de la justicia...; esa concepción de la justicia es la *personalista*». Es, por tanto, el respeto a los valores de la persona humana lo que caracteriza al Estado de Derecho.

AUTOEVALUACIÓN

El Derecho, para resolver los conflictos, precisa estar dotado de:

- ☐ A) Valores.
- ☐ B) Autoridad.
- ☐ C) Vinculación política.

La forma más primitiva de resolver los conflictos entre los miembros del grupo fue:

- ☐ A) La norma jurídica.
- ☐ B) El arbitraje.
- ☐ C) La decisión de los jueces.

La sumisión al Derecho es:

- ☐ A) Obligada.
- ☐ B) Voluntaria.
- ☐ C) Potestativa.

Los valores que debe aportar el Derecho a las relaciones sociales son:

- ☐ A) Justicia, igualdad y moralidad.
- ☐ B) Justicia, igualdad e imperactividad.
- ☐ C) Moralidad, igualdad y coercibilidad.

Se entiende por moralidad del Derecho:

- ☐ A) La moral religiosa.
- ☐ B) El conjunto de valores éticos vigentes en una sociedad.
- ☐ C) La regulación de los actos éticos de los miembros de la comunidad.

La historicidad del Derecho significa:

- ☐ A) Que ha de adaptar sus normas a las evoluciones de la sociedad.
- ☐ B) Que ha existido desde tiempos remotos.
- ☐ C) Que de él se ocupan los historiadores.

Que el Derecho cambie rápidamente:

- ☐ A) Es necesario.
- ☐ B) Ha de autorizarse por quien ejerce el poder.
- ☐ C) No es conveniente.

El Derecho es capaz de conformar la estructura social:

- ☐ A) Siempre.
- ☐ B) En ningún caso.
- ☐ C) Sólo en momentos de crisis.

La negación del Estado de Derecho es:

- ☐ A) La existencia de un poder absoluto.
- ☐ B) Un Estado carente de normas.
- ☐ C) Un Derecho que niega la existencia del Estado.

El Estado de Derecho representa:

- ☐ A) Un peligro para el ciudadano.
- ☐ B) Una situación en que el Derecho carece de fuerza para imponerse.
- ☐ C) Una garantía para el ciudadano.

El Estado de Derecho es aquel:

- ☐ A) Que cuenta con buenas leyes.
- ☐ B) En el que el Estado está sujeto al Derecho.
- ☐ C) Que ha sido creado por las leyes.

Lo que caracteriza al Estado de Derecho es:

- ☐ A) La existencia de un ordenamiento jurídico.
- ☐ B) El respeto a los valores de la persona humana.
- ☐ C) El poder político.

CAPÍTULO VIII

¿CÓMO SE ACTÚA EL DERECHO?

I. ART. 117.1 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

«La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial». Sistema francés: juez mero aplicador de la ley; sistema angloamericano: el juez creador del Derecho: sistema español: art. 1.6 del Código civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho». Tribunal Constitucional: recurso de amparo: derechos y libertades fundamentales; recurso de inconstitucionalidad. Órganos judiciales dependientes e independientes de la Administración del Estado.

II. DERECHO PROCESAL

Conjunto de normas sobre el proceso. Éste se configura como la sucesión de actos regulados jurídicamente y desarrollados ante los órganos de la administración de Justicia que se inicia con el ejercicio de la acción y finaliza con la sentencia. Derecho y acción aparecían fundidos en una misma realidad en el Derecho Romano y hoy aparecen como conceptos distintos. Derecho procesal incluido en el Derecho Público.

III. LA JURISDICCIÓN

El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los jueces y magistrados. Principios: a) independencia del poder judicial, b) exclusividad, c) unidad jurisdiccional.

Clases de jurisdicción: 1) Jurisdicción militar, que se ejerce en el ámbito castrense. 2) Jurisdicción laboral, que conoce de los litigios que se susciten en el ámbito de las relaciones de trabajo. 3) Jurisdicción contenciosa-administrativa, que decide en los litigios en que sea parte la Administración pública. 4) Jurisdicción canónica o eclesiástica, conoce de las causas matrimoniales de separación y de nulidad cuando el matrimonio se celebre según los ritos de la Iglesia Católica. 5) Jurisdicción constitucional, es competente para conocer las posibles violaciones de los Derechos fundamentales y libertades públicas y también de los conflictos de competencia y del control de la legalidad constitucional. 6) Jurisdicción civil: conoce de los litigios en materias de Derecho Privado (Civil y Mercantil). Regulada por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del 2000 que entró en aplicación el 9 de enero del 2001. Responde a los modernos principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad. El proceso se inicia y continúa por la iniciativa de los particulares (justicia rogada). 7) Jurisdicción penal, conoce de los delitos y faltas penados por la Ley. Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, en fase de reforma y sustitución por una nueva ley procesal penal. El Tribunal del Jurado, ley de 22 de mayo 1995. Conoce de los delitos contra las personas, de los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, de los delitos contra el honor, la libertad y la seguridad y de algunos delitos contra el medio ambiente.

CAPÍTULO VIII

¿CÓMO SE ACTÚA EL DERECHO?

En nuestro ordenamiento jurídico, el Derecho se administra fundamentalmente a través de los Jueces y Tribunales, tal y como se deduce del artículo 117.1 de nuestra Constitución, que preceptúa:

«La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial...»

La Constitución española atribuye al Poder Judicial, la administración del Derecho.

Dicha atribución es fruto de un largo proceso histórico, que parte de la consagración en las constituciones modernas del conocido principio de separación de poderes explicado por Montesquieu, que ha constituido la piedra angular de los sistemas democráticos.

Pero dicho principio ha sido objeto de distintas interpretaciones, así mientras que el sistema anglosajón propugnaba la administración del derecho monopolizada por el Poder Judicial: el sistema codificado francés, en cambio, consideraba al Juez como mero aplicador de la ley, por lo que otorga exclusivo protagonismo al Estado, en su condición de legislador, por ser éste el encargado de administrar el Derecho mientras que los Jueces y Tribunales se limitarían a aplicarlo.

El equilibrio entre ambas concepciones, viene dado por el constitucionalismo norteamericano, reinspirador de los sistemas europeos, según el cual, el Juez no es un mero aplicador del derecho del Estado, (y por lo tanto no es un mero funcionario estatal), sino un órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de administrar la Justicia en nombre del Pueblo y no del Estado en sentido estricto: lo que no significa que el Juez pueda administrar el derecho de forma arbitraria y discrecional, puesto que debe motivar sus decisiones con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, existiendo un control Jurisdiccional que en última instancia se lleva a cabo por el Tribunal Supremo norteamericano.

La reinfluencia norteamericana se ve plasmada, sólo en parte, en nuestro sistema jurídico con la existencia de un órgano competente para la interpretación de la Constitución, como es el Tribunal Constitucional, que si bien es cierto que puede controlar las decisiones del Poder Judicial, sobre todo en materia de derechos y libertades fundamentales a través del llamado recurso de amparo, no es menos cierto que no puede adoptar decisiones al margen de la Constitución, ya que se encuentra sometido al imperio de ésta aunque sea el intérprete supremo de su texto. Sin embargo el sistema jurídico norteamericano utiliza el Tribunal Supremo y no la fórmula «kelseniana» de los Tribunales Constitucionales.

Dado que nuestra concepción actual de administrar derecho, deriva evidentemente de una concepción democrática del derecho, podemos concluir en aras de los artículos 117.1 y 24.1 de la Constitución, que la administración del Derecho puede realizarse por diferentes órganos, unos carentes de independencia como pueden ser el Tribunal de Defensa de la Competencia o los Tribunales Económicos Administrativos, integrados todos ellos en la Administración Pública; y otros con total independencia como ocurre con los jueces y tribunales, así como con el Tribunal Constitucional, aunque todos ellos sujetos, por la tutela judicial efectiva, al control jurisdiccional. En última instancia, el originario Administrador del Derecho es el pueblo ya sea indirectamente a través de sus representantes, o directamente como ocurre con las instituciones populares, el Tribunal de Aguas de Valencia, el sistema de Concejo abierto, o la institución del Jurado.

I. DERECHO PROCESAL

El medio formal para administrar el derecho lo constituye el proceso cuyos requisitos y efectos aparecen regulados por el conjunto de normas que configuran el llamado Derecho Procesal.

Partimos por lo tanto del término «proceso» como eje fundamental del derecho procesal, que se podría definir como *la sucesión de actos regulados jurídicamente y desarrollados ante los órganos de la Administración de Justicia que se inicia con el ejercicio de la pretensión y conduce a la sentencia.*

Derecho y Acción son conceptos distintos, concepción esta a la que se ha llegado tras una larga evolución histórica.

La nueva ley procesal civil vigente del 2000 utiliza indistintamente como sinónimos los términos pretensión o pretensiones y los de acción y acciones, según afirma el preámbulo.

En el derecho romano, derecho y acción constituían dos aspectos de una misma realidad. de forma que *la «actio»,* como acto jurídico del demandante o actor, dirigido a conseguir en el juicio una sentencia favorable, existía previamente al derecho; así por ejemplo el ciudadano para que se le reconozca su derecho de propiedad deberá ejercitar la correspondiente acción reivindicatoria.

Por ello, el derecho romano constituye un sistema de acciones, en el que el proceso tiene un acusado carácter privado; así el magistrado, representante de la civitas, interviene para encauzar el litigio *(de lis, litis, pleito) y* evitar con ello que las partes litigantes se tomen la justicia por su mano. Junto al magistrado, se nombra por medio de acuerdo o contrato arbitral *(litis contestatio)* un árbitro o juez privado *(iudex privatus)* que será el encargado de practicar las pruebas y dictar sentencia.

Será en la etapa imperial cuando aflore el carácter público del proceso mediante la intervención en los actos procesales de jueces sujetos al emperador, como juez supremo que es.

Actualmente, el Derecho Procesal, se incluye en el Derecho Público, inclusión que se debe al carácter público de la organización judicial, al necesario acatamiento de las sentencias y resoluciones ju-

diciales y a la fuerza coactiva de las medidas de ejecución y aseguramiento.

El Derecho Procesal pasa por lo tanto de ser un derecho privado a un derecho público, no obstante, aún se conservan vestigios del antiguo carácter privado del proceso, derivados del derecho romano, tales como la interrelación entre acción y derecho como dos aspectos de una misma realidad o el carácter rogado del proceso civil. El concepto de acción todavía continúa sirviendo de base al Derecho Procesal y en los últimos años se ha operado en el Derecho Europeo la constitucionalización del derecho a acudir ante los tribunales. La constitucionalización del proceso ha sido tal, que los principios del derecho procesal se recogen no en la legislación procesal inspirada en los textos legales del siglo XIX, sino en el texto constitucional, lo que en España se observa sobre todo con el artículo 24 de nuestra Constitución.

El Derecho Procesal y la tutela judicial, han evolucionado sensiblemente, hasta el extremo de que ya no resulta válido un concepto exclusivamente histórico de acción, por cuanto las relaciones entre el individuo y el Estado han evolucionado del Derecho Privado al Derecho Público, de una concepción privatista de la acción a una constitucionalización del derecho a la jurisdicción, que impide aferrarse a una concepción histórica y anacrónica de la acción.

II. LA JURISDICCIÓN

Aunque partamos de la premisa ya expuesta con la mención del artículo 1 17.1 de nuestra Constitución de que «la Justicia emana del pueblo», también debemos mantener, igualmente, que la Administración de esa Justicia se atribuye a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial. De lo que se deduce que la soberanía nacional (que como sabemos reside en el pueblo), es la que otorga a Jueces y Tribunales en exclusiva esa potestad jurisdiccional.

Conforme a lo dicho con base en el mismo artículo 117.3, el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida a los Jueces y Tribunales, se llevará a cabo juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos, o lo que es lo mismo, con la resolución de los conflictos mediante la aplicación del derecho material y obligado

acatamiento de dicha resolución, tanto por los ciudadanos como por los poderes públicos.

Dicha actividad desarrollada por los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial, va a constituir lo que podemos denominar, Jurisdicción.

Ahora bien, esta actividad jurisdiccional, se rige por una serie de principios configuradores de la misma como son:

a) Principio de independencia del Poder Judicial.—Según el cual los jueces y magistrados serán independientes en el desarrollo de sus funciones, pero dicha independencia no es absoluta, dado que los mismos deberán actuar con sometimiento a la Ley y al Derecho.

b) Principio de exclusividad.—Según el cual el ejercicio de la potestad jurisdiccional es atribuida exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por la ley, según sus normas de competencia y funcionamiento, y con respecto al Juez Ordinario predeterminado por la Ley.

c) Principio de unidad jurisdiccional.—Recogido expresamente como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales por el art. 117.5 de la Constitución. Según este principio, la jurisdicción es única como poder y como función.

De este principio se deduce que la jurisdicción es «única», pero ello se refiere al acto o actividad de la jurisdicción, lo que no significa que no podamos hablar de diferentes órdenes jurisdiccionales por razón de la materia que se enjuicie en cada una de ellos.

De esta forma se distinguen las siguientes clases de jurisdicción:

1. *Jurisdicción Militar*

La Jurisdicción Militar, se extiende a la materia penal, disciplinaria y demás materias que, en garantía de algún derecho y dentro del ámbito estrictamente castrense, se establezca por ley (en tiempos de paz), o por la declaración del estado de sitio.

Si bien la Constitución española establece la unidad jurisdiccional, mantiene la especialidad de esta Jurisdicción por la naturaleza misma del derecho que se aplica y por el propio ámbito en el que se ejerce, si bien la misma como cualquier otra jurisdicción deberá sujetarse a los principios constitucionales. Las normas que han desarrollado en los últimos años la Constitución, han reducido sensiblemente su ámbito de aplicación.

Se rige por la *Ley Orgánica 4/1987 de 15 de julio, Reguladora de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, y por la Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Reguladora del Proceso Militar,* en cuanto al proceso propiamente dicho, así como por *el Código Penal Militar,* en cuanto a los delitos tipificados por el mismo.

2. *Jurisdicción Laboral*

La Jurisdicción Laboral, que conocerá de los litigios que se susciten en el ámbito de las relaciones laborales, incluyéndose dentro de las mismas, materia relativa a despido, conflictos colectivos y seguridad social.

Ahora bien, cabe señalar, que antes de llegar a los Juzgados y Tribunales del orden social, en este ámbito del derecho, juega un importante papel el tema del intento de conciliación anterior al pleito, que se dirime por el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), que lo forman lo que denominamos «mediadores», que no están integrados en el Poder Judicial.

Se rige por *El Estatuto de los Trabajadores de 1995 (Texto Refundido), y por la Ley Reguladora de la Seguridad Social,* en cuanto a las cuestiones sustantivas se refiere, y por la *Ley de Procedimiento Laboral de 1995,* en lo relativo al procedimiento.

3. *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa extiende su ámbito de aplicación al conocimiento de los litigios en los que sea parte la

Administración Pública, siempre que su actuación esté sujeta al Derecho Administrativo, ya que cualquier actuación de aquella, relativa a otro ámbito del derecho, como por ejemplo civil, penal o laboral, será conocida por el orden jurisdiccional correspondiente (civil, penal o laboral).

Se rige por la *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que deroga la anterior ley de 1956.*

La aparición de esta ley, obedece a una imperiosa necesidad de adaptar este orden jurisdiccional a los profundos cambios que ha sufrido nuestro ordenamiento jurídico, las instituciones político-administrativas y la sociedad. El cambio más importante es la aparición de nuestra Constitución de 1978 y la nueva organización territorial del Estado que en la misma se contempla, con la creación de las Comunidades Autónomas.

Otro de los principales logros obtenidos con la promulgación de esta ley, es que con ella se da cumplimiento al mandato recogido por la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como órganos especializados de este orden jurisdiccional.

4. *Jurisdicción Canónica o Eclesiástica*

La Jurisdicción Canónica o Eclesiástica conocerá de las causas matrimoniales de nulidad y separación, cuando el matrimonio se hubiera celebrado por la Iglesia Católica, no cuando el matrimonio sea civil, ni cuando la causa del litigio sea el divorcio, para lo cual será competente la Jurisdicción civil ordinaria, lo mismo que para reconocer efectos civiles a las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, para lo que también será competente la Jurisdicción civil.

Se rige por *el Código de Derecho Canónico de 25 de enero de 1983.*

5. *Jurisdicción Constitucional*

La Jurisdicción Constitucional es competente para conocer la posible violación de los Derechos fundamentales y Libertades públicas recogidos en los artículos 14 a 29, más la objeción de conciencia del número 2 del artículo 30 de nuestra Constitución. Su competencia se extiende también a la resolución de los conflictos de competencia y al control constitucional de la legalidad, lo que significa que va a controlar mediante esta función el que todos los poderes públicos actúen con sujeción a la Constitución. Lo cual se lleva a cabo a través del recurso de inconstitucionalidad y de la llamada cuestión de inconstitucionalidad.

Se rige por la *Constitución de 6 de diciembre de 1978 y por la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979.*

El Tribunal Constitucional es el Supremo intérprete de la Constitución.

6. *Jurisdicción Civil*

Regulada por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil de 7 de Enero de 2000, vigente desde el 9 de Enero del 2001, que sustituye a la vieja Ley de 1881 modificada parcialmente por varias disposiciones que se derogan.

Se sigue la tradición en la prevalencia del principio dispositivo o de justicia rogada, por el que las partes enfrentadas en el proceso ostentan la iniciativa y la titularidad de la acción que se ejercita y el Juez en su sentencia está vinculado por lo manifestado por los litigantes.

Con la finalidad de conseguir una efectiva tutela judicial y acortar los plazos excesivamente largos en la tramitación de los pleitos, se consagran como inspiradores de la nueva regulación los principios de oralidad, inmediación, concentración y publicidad. Frente a la escritura, la oralidad facilita y acorta los trámites que deben seguirse ante mismo juez, bajo pena de nulidad de lo actuado, conforme al

principio de la inmediación y el de la concentración de los actos, que favorecen también la publicidad.

Los procesos declarativos en la nueva ley son de dos clases: el juicio ordinario y el juicio verbal, que se regulan por razón de la materia y en su defecto por razón de la cuantía. Conforme a esta última se tramitarán por el juicio verbal las demandas que no excedan de 500.000 pesetas.

Como procesos especiales la ley trata de los juicios sobre capacidad, filiación, régimen matrimonial y menores.

Una importante novedad, en cuanto facilita la recuperación de los créditos y de las cantidades debidas por los deudores morosos, son las regulaciones de los procesos monitorio y cambiario. La ley establece (art. 812) que «podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria, vencida y exigible de cantidad que no exceda de cinco millones de pesetas cuando la deuda de esa cantidad se acredite» por documentos firmados por el deudor o facturas o también por certificaciones de impago de gastos por las Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos. El juicio cambiario procederá cuando al tramitarlo se presente letra de cambio, cheque o pagaré que reúna los requisitos legales (art. 819).

En el nuevo régimen de los recursos contra las sentencias de los tribunales, se regulan los recursos de reposición, apelación, de casación en interés de ley y de queja. Se eliminan los recursos por resoluciones interlocutorias de los tribunales, o contra providencias sobre cuestiones procesales, que hacían los pleitos interminables. Como novedad la ley introduce el recurso extraordinario por infracción procesal que procede frente a sentencias dictadas por las Audiencias provinciales por motivos procesales ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Con ello, se descarga al Tribunal Supremo de los recursos de casación por quebrantamiento de forma, manteniéndose ante el alto Tribunal el recurso por infracción de ley y el nuevo «en interés de ley» que todavía no ha entrado en vigor.

7. *Jurisdicción Penal*

Resulta competente para conocer de las causas incoadas por la posible comisión de un hecho punible, es decir, por un hecho penado por la Ley.

Su objeto lo constituye la pretensión punitiva o lo que es lo mismo, la petición de que se aplique una pena al acusado fundamentada en la comisión por él de un hecho delictivo.

En cuanto a los principios informadores de la misma, hay que señalar que nuestro ordenamiento procesal en materia penal o criminal, aparece informado principalmente por la *oralidad,* para lo cual y como también señalamos al hablar de la jurisdicción civil, resulta fundamental que la mayor parte de nuestro procedimiento penal transcurra ante la presencia del Tribunal u órgano encargado de dictar sentencia, de ahí que el *principio de inmediación* aparezca como un subprincipio del *principio de oralidad.*

Respecto al *principio de publicidad, su* incardinación en el proceso penal, conlleva la distinción clara entre la fase instructora, que se caracteriza por la ausencia absoluta de publicidad con respecto a terceros, no lógicamente con respecto a las partes personadas, y la fase del juicio oral, en la que en cambio rige el principio de publicidad que deriva del derecho fundamental a un «proceso público», pero que al igual que el resto de los derechos fundamentales cabe limitarlo o restringirlo, pero eso si siempre que dicha restricción o limitación se motive mediante resolución, invocándose un bien o interés constitucionalmente relevante.

Junto a estos principios, y al igual que al hablar del proceso civil decíamos que regia el principio dispositivo, en el proceso penal hay que señalar que rige el *principio acusatorio-inquisitivo,* según el cual para garantizar la objetividad de la sentencia que se dicte en el proceso penal, las dos fases constitutivas del mismo y a las que antes aludíamos como son la fase de instrucción y la fase del juicio oral, se encomiendan a dos órganos jurisdiccionales distintos: el órgano instructor, que es el encargado de la acusación, y el órgano decisor. Aunque a pesar de ello, ambos órganos deberán estar vinculados en-

tre si, ya que el fallo que dicte el órgano decisor deberá corresponder a la acusación realizada por el órgano instructor.

La Jurisdicción penal se rige en cuanto al procedimiento, por la *Ley de Enjuiciamiento Criminal de* 1882, que si bien ha sido objeto de numerosas reformas parciales, se proyecta su reforma total como ha ocurrido con la ley de enjuiciamiento civil, y en cuanto a la parte material o sustantiva por *el Código Penal de 1995* que recoge los hechos constitutivos de delito o falta.

En relación con los mismos, hay que señalar que existen determinados delitos, cuyo enjuiciamiento se atribuye al llamado *TRIBUNAL DEL JURADO,* dándose con ello cumplimiento al mandato contenido por nuestra Constitución en su artículo 125, cuyo tenor literal dispone que:

«Los ciudadanos podrán participar en la administración de justicia mediante la institución del Jurado en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine».

Los procesos penales a los que la misma Constitución se refiere, son los recogidos por el artículo 1.º de la *Ley Orgánica 5/1995 de 22 de mayo, Reguladora del Tribunal del Jurado,* siendo los siguientes:

a) Delitos contra las personas, como seria el homicidio, asesinato etc.

b) Delitos cometido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, como sería la prevaricación, cohecho etc.

c) Delitos contra el honor.

d) Delitos contra la libertad y la seguridad.

e) Algunos delitos contra el medio ambiente, como seria el delito de incendio.

Con ello, vemos, por lo tanto, la forma por la que los ciudadanos acceden a la función jurisdiccional, cuando la misma en las jurisdicciones tratadas con anterioridad, era atribuida por los ciudadanos al Poder Judicial con base en lo comentado al principio de este Capítulo.

AUTOEVALUACIÓN

Principio de inmediación significa:

- ☐ A) Juicio celebrado en lugar público.
- ☐ B) Juicio ante la presencia del juez o tribunal.
- ☐ C) Juicio con trámites rápidos.

Principio dispositivo significa:

- ☐ A) Las partes dirigen el proceso.
- ☐ B) Son titulares de la pretensión.
- ☐ C) Acatan la sentencia.

El Derecho procesal se encuadra:

- ☐ A) En el Derecho privado.
- ☐ B) En el Derecho administrativo.
- ☐ C) En el Derecho público.

Recurso de casación es el que se plantea:

- ☐ A) Ante cualquier tribunal superior.
- ☐ B) Ante la Audiencia.
- ☐ C) Ante el Tribunal Supremo.

El recurso de casación se interpone:

- ☐ A) Para anular el matrimonio.
- ☐ B) Ante la Audiencia.
- ☐ C) Ante el Tribunal Supremo para recurrir la sentencia de un tribunal inferior.

El recurso de amparo se tramita y resuelve por:

- ☐ A) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- ☐ B) El Tribunal Supremo.
- ☐ C) El Tribunal Constitucional.

El Tribunal del Jurado se creó:

- ☐ A) Por las Cortes.
- ☐ B) Por la Constitución.
- ☐ C) Por el gobierno.

Las fases del proceso penal:

- ☐ A) Fase de instrucción y del juicio oral.
- ☐ B) Fase preliminar y posterior.
- ☐ C) Sólo tiene una fase.

El Jurado decide:

- ☐ A) En los delitos contra el honor.
- ☐ B) En los delitos económicos de los particulares.
- ☐ C) En los delitos de imprudencia.

En el asesinato interviene:

- ☐ A) La jurisdicción penal ordinaria.
- ☐ B) El Jurado.
- ☐ C) La Audiencia Nacional.

En los incendios provocados interviene:

- ☐ A) El juez.
- ☐ B) La Audiencia.
- ☐ C) El Jurado.

CAPÍTULO IX

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

I. CONCEPTO Y DENOMINACIONES

Son derechos fundamentales aquellos que corresponden a todo hombre por el mero hecho de ser hombre. Reciben diferentes denominaciones, si bien las más utilizadas son las de *derechos fundamentales* y *derechos humanos*.

II. LA «CONQUISTA» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El ejercicio de los derechos humanos es, en la mayoría de los casos, un acto de defensa frente a intromisiones del poder en la esfera de libertades del individuo. Por ello, el reconocimiento de esos derechos por el Estado se ha conseguido a través de una lucha lenta pero continua, hasta llegar a la situación actual en que la mayoría de las Constituciones los contemplan.

III. CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Sus notas son: la imprescriptibilidad, la inalienabilidad y la irrenunciabilidad. A veces se les ha atribuido el carácter de absolutos o ilimitados, pero la doctrina actual suele no reconocer esa nota, aceptando que dichos derechos encuentran, en su ejercicio, límites como el orden público, el bien común y los derechos de los demás.

IV. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para que un derecho fundamental sea eficaz el Estado no sólo debe reconocerlo, sino además garantizar su ejercicio. Los sistemas de garantías son diversos en cada país; en España existe el Tribunal Constitucional. También en cierto modo cabe considerar como instrumento de garantía la institución del Defensor del Pueblo. En el orden supraestatal está el Tribunal Europeo de derechos del hombre.

V. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se entiende por positivación el proceso por el que los derechos fundamentales son recogidos y formulados por las normas positivas. Si no estuvieran positivados, no podrían ejercerse por la imposibilidad de invocarlos ante los Tribunales, ya que éstos aplican siempre normas jurídicas.

Pero esto no quiere decir que la positivización sea necesaria para que los derechos existan: la norma no *crea* los derechos humanos, sino que los *reconoce*.

Los medios de positivación son varios; los dos más importantes son las Constituciones y la «Declaración Universal de Derechos Humanos», formulada por la ONU en 1948.

VI. CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Se distinguen tres especies, que responden a tres etapas en el proceso de reconocimiento de estos derechos:

— Los *derechos civiles*, que son aquellos que afectan de modo más directo a la persona en cuanto se refieren a los aspectos más íntimos de la misma: derecho a la vida y a la integridad física, a la propiedad, a la libertad, a la dignidad, a la libre expresión del pensamiento, etc.

— Los *derechos políticos*, que se refieren en general a la intervención del ciudadano en la vida pública: derecho de sufragio, a participar en la vida política, al control del Estado, a la libertad de asociación y reunión, etc.

— *Los derechos económico-sociales y culturales*, que atienden las aspiraciones de los sujetos en materia económica y de acceso a la cultura: derecho al trabajo, a una remuneración digna del mismo, a la seguridad e higiene, a la seguridad social, a la huelga, a la sindicación, al acceso a la enseñanza, etc.

VII. BREVE HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos comienza en la Edad Moderna, dándose en el Medievo unos meros precedentes, como ciertos privilegios o concesiones a favor de grupos determinados.

Desde finales del siglo XVI van apareciendo documentos en que el monarca ofrece garantías a *todos los súbditos*, es decir, se ha producido la *generalización* de los derechos y libertades. En el siglo XVIII se produce el segundo paso, la *universalización*, de modo que los derechos se reconocen a *todos los hombres*. Finalmente, a partir de la postguerra de 1945 se produce el tercer momento: la *internacionalización* de los derechos humanos a través de Declaraciones procedentes de instancias supranacionales como la ONU.

VIII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

La Constitución española de 1978, como toda Constitución moderna, recoge los derechos y libertades fundamentales y ofrece un sistema de garantías satisfactorio. Figuran reconocidos en el Título I los principales derechos civiles y políticos. En cuanto a los económicos, sociales y culturales, tienen un tratamiento singular, pues no vinculan a los poderes públicos, de suerte que no puede exigirse del Estado que satisfaga tales derechos de modo inmediato; más que como auténticos derechos, la Constitución los concibe como «principios rectores de la política social y económica».

CAPÍTULO IX

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Además de las tratadas en el capítulo VII, el Derecho tiene la función de proteger el ejercicio de los derechos fundamentales, que, por la extraordinaria importancia de los mismos, merece ser examinada aparte.

El hombre, por ser persona (concepto que ya conocemos: *vid.* cap II), posee unos valores (vida, dignidad, libertad, etc.) *esencialmente* unidos a su ser personal —es decir, que forman parte de su esencia, son inherentes a ella— y que, por ello, han de ser respetados si no queremos degradarle de su condición humana. Mas la expresión «han de ser respetados» carece de sentido si no se cuenta con la existencia de unas normas que impongan tal respeto; y es quí donde entra en juego el Derecho, que tendrá la misión de proteger los valores frente a posibles agresiones a los mismos.

No queda ahí, sin embargo, la función del Derecho como mero factor intuitivo. Hubo un momento de la historia en que los hombres, al ser conscientes de que eran poseedores de tales valores y del carácter fundamental de los mismos —porque afectaban a las dimensiones más íntimas de su personalidad—, entendieron con toda razón que no bastaba esa actitud pasiva de esperar del poder un respeto a aquéllos, sino que eran ellos quienes tenían que adoptar la posición

activa de reclamar, de exigir ese respeto, trasmutándose entonces los valores en *derechos:* habían nacido los *derechos humanos.*

I. CONCEPTO Y DENOMINACIÓN

Se entienden por derechos *fundamentales* aquellos derechos de que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana. Con ello se quiere decir que son poseídos por todo hombre, cualquiera que sea su edad, condición, raza, sexo o religión, es decir, sin que les afecte circunstancia discriminatoria alguna.

Se designan con nombres varios. Por un lado se les llama derechos *humanos,* derechos *del hombre* y derechos *de la persona humana,* expresiones que apelan a la condición humana del sujeto aunque incurren en una evidente redundancia, ya que el hombre es sujeto de todo derecho, de éstos y de los demás. Se habla también de derechos *naturales* aludiendo a que emanan de la naturaleza humana, y de derechos *fundamentales* para destacar con ello que afectan a los aspectos más básicos y entrañables del ser humano. Se emplea, en fin, el término de *libertades fundamentales,* poniendo así de relieve que tales derechos constituyen un reducto intangible de la persona frente al poder. Realmente, cualquier nomenclatura es aceptable, si bien los términos *derechos fundamentales* y *derechos humanos* son tal vez los más comúnmente utilizados, sin que con ello queden descartadas las otras denominaciones.

II. LA «CONQUISTA» DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Cuando se habla de la génesis y el desarrollo histórico de estos derechos no resulta impropio emplear términos tomados del lenguaje bélico como el de *conquista,* pues el disfrute de los mismos ha sido el resultado de una continua lucha del individuo frente al Estado: una lucha larga, algunas veces cruenta y que en ocasiones ha alcanzado la grandeza de lo épico.

Si comparamos los derechos fundamentales con los demás derechos subjetivos apreciaremos la importante diferencia de que mientras éstos los ejerce el titular frente a otro sujeto particular (a veces —por ejemplo, cuando se reclama el pago de una obra pública ejecutada— los ejerce frente al Estado, pero entonces éste aparece despojado de soberanía, como un sujeto de derecho), los derechos fundamentales, en cambio, son esgrimidos en la mayoría de los casos contra el Estado u otros entes de carácter público cuando el sujeto estima que determinada actuación indebida del poder ha lesionado o limitado aquellos derechos o las libertades a que los mismos se refieren.

El ejercicio de los derechos humanos es, por tanto, en la mayoría de los casos, un acto de defensa ante intromisiones del poder en la esfera de las libertades del individuo. Y como el poder manifiesta siempre una tendencia expansiva, los hombres han tenido que estar de continuo en actitud polémica frente al Estado, empeñados durante siglos en un pugilato en el que, poco a poco, han ido arrancando, arañando trabajosamente sucesivos reconocimientos de derechos por parte de aquél, poco propicio a tales concesiones porque comprendía que cada una de ellas representaba una limitación a su poder.

Por eso, el logro de situaciones que reconozcan y garanticen los derechos humanos ha sido lento, como lento ha sido el despertar de los hombres a la toma de conciencia de que poseen unos derechos por el mero hecho de su condición humana: adviértase que hasta el siglo XVII —no hace ni cuatrocientos años— no se abre paso con alguna claridad la idea de los derechos del hombre, y es bastante más tarde cuando se comienza a construir una teoría sobre los mismos.

No ha sido, pues, tarea fácil llegar a la situación actual, en que la mayoría de las Constituciones reconocen tales derechos y ofrecen garantías para su ejercicio, además de incluirse en solemnes Declaraciones de carácter supranacional. Mas —no nos engañemos— parte del camino está todavía por recorrer. En bastantes países el reconocimiento de los derechos humanos no pasa de ser una pomposa declaración constitucional que contrasta con la práctica por parte del Estado de auténticos ultrajes a la dignidad y a la libertad de los sujetos. Nuestra generación ha sido y es testigo de gravísimas viola-

ciones de los derechos fundamentales, agresiones que a veces no afectan sólo a individuos, sino también —como en el caso de los genocidios y de las persecuciones étnicas— a sectores enteros de la humanidad.

III. CARACTERES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos humanos son, desde luego, derechos subjetivos, por lo que les es aplicable cuanto en relación con éstos quedó dicho en el apartado II del capítulo II. Pero es evidente que, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres ya no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos. Tales caracteres, resumidamente expuestos, son los siguientes:

— Son *imprescriptibles*, es decir, no les afecta la prescripción, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo.

— Son *inalienables*, es decir, no transferibles a otro titular, lo que sí es posible, en términos generales, en los demás derechos subjetivos.

— Son *irrenunciables*, de modo que el sujeto de los mismos no puede renunciar a su titularidad, no puede desprenderse de ellos, a diferencia de lo que sucede por lo general en los derechos no fundamentales.

— Son *universales* en el sentido de que son poseídos por todos los hombres, con lo que se da una estricta igualdad jurídica básica entre todos los seres humanos.

En el pasado se atribuyó también a estos derechos el carácter de *absolutos*, queriendo afirmar con ello que podían ejercitarse de modo ilimitado; esta cualidad les fue atribuida, por ejemplo, en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, proclamada por la Revolución francesa en 1789. Pero la doctrina actual no suele reconocer esta nota, aceptando que el ejercicio de los derechos fun-

damentales está sometido a ciertos límites, tales como el orden público, el bien común y, por supuesto, los derechos de los demás, tan fundamentales y básicos como los del titular. Esta última limitación puede plantear algún problema práctico cuando entran en colisión dos derechos de contenido antagónico, y algún caso concreto se ha aireado en la prensa: si un medio de comunicación publica la fotografía de una persona sorprendida en su vida íntima y familiar, ¿debe prevalecer el derecho a la información, recogido en el artículo 20 de la Constitución, o el derecho a la intimidad y a la propia imagen, reconocido por el artículo 18 de la misma? En casos tales corresponde a los jueces determinar cuál de los dos derechos contrapuestos ha de prevalecer sobre el otro.

IV. GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El reconocimiento de los derechos fundamentales es hoy, como antes decíamos, prácticamente universal. Pero si esa actitud es sincera, si hay un deseo efectivo de que los ciudadanos posean y ejerciten unos derechos y libertades frente al propio Estado, éste debe ofrecerles garantías que aseguren que aquel ejercicio va a ser eficaz y que la declaración constitucional no queda en puro papel mojado. Todo Estado de Derecho debe, pues, contar con normas claras y precisas que establezcan procedimientos utilizables por los ciudadanos cuando estimen que determinadas actuaciones del poder han socavado o anulado aquellos derechos y libertades.

Los sistemas de garantías son diversos en cada país. En términos generales, la protección y tutela de dichos derechos suele estar encomendada a los Tribunales, que actuarán a instancia del presunto perjudicado. La competencia unas veces se atribuye a los Tribunales ordinarios y otras a un órgano jurisdiccional específico, como es el caso español, que cuenta con el *Tribunal Constitucional,* al que los ciudadanos pueden acudir ejercitando el *recurso de amparo* (también el *recurso de inconstitucionalidad* contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, tramitado ante el mismo Tribunal, puede considerarse como un medio de garantía). Existe también una protección de rango internacional: el *Tribunal Europeo de derechos*

del hombre, ante el que pueden comparecer los ciudadanos en queja frente al propio Estado cuando entiendan que éste ha vulnerado sus derechos fundamentales (este Tribunal sólo actúa respecto a los Estados que suscribieron el Convenio de Roma de 1950, que creó aquél, y entre los que se cuenta España).

Puede también considerarse como un instrumento de garantía y tutela una institución hoy existente en muchos países, cuyo precedente está en la figura del *Ombudsman* sueco y que en España se denomina *Defensor del Pueblo*. Se trata de una institución no judicial que recibe las quejas de los particulares, entre ellas las que puedan referirse a la materia de los derechos humanos. Pero como sus facultades son únicamente de investigación, carece de función ejecutiva, con lo que su papel como instrumento de tutela y garantía de los derechos y libertades es muy limitado.

V. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se entiende por positivación el proceso por el que los derechos fundamentales son recogidos y formulados por las normas positivas, haciendo así posible su ejercicio eficaz.

En efecto, de nada serviría a los hombres el saberse titulares de unos derechos y conocer su carácter de fundamentales si carecieran de la posibilidad de ejercerlos: si ésta no se diese, no pasarían de ser pura entelequia, y el único medio de que tal posibilidad exista es vincular aquéllos a una norma positiva. Porque, ¿qué significa «ejercer» un derecho? Significa tener la potestad de actualizar la pretensión contenida en el mismo (*vid.* apartado II.2 del capítulo II), o sea, la posibilidad de dirigirse a otro reclamando del mismo un determinado comportamiento; pero para ello es preciso que el contenido del derecho esté claramente concretado, lo cual se realiza a través de una norma jurídica que delimita con todo rigor el alcance del derecho. Por otra parte, el ejercicio comprende también la facultad de requerir de los Tribunales que exijan al obligado —incluso por la fuerza, si llega el caso— la realización de la conducta debida cuando éste no se preste a ello voluntariamente, y como los Tribunales no pueden actuar sino mediante la aplicación de normas jurídicas, el de-

recho que ante ellos se alegue tiene que estar integrado, explicitado en una norma, es decir, tiene que estar *positivado*.

La positivación resulta, pues, absolutamente necesaria para el ejercicio de estos derechos y para que resulten adecuadamente protegidos y garantizados en su ejercicio, pero no es procedente darle un alcance mayor, como hace algún sector doctrinal, que llega a conferir a la positivación un carácter *constitutivo,* afirmando que los derechos humanos nacen cuando son proclamados por la norma, sin que, por tanto, existan antes de ello. Para otros autores, en cambio —y esta opinión nos parece más acertada—, tales derechos, en cuanto se fundamentan en la propia naturaleza humana, existen previamente a la positivación, de manera que ésta tiene condición simplemente *declarativa:* la norma no *crea* los derechos fundamentales, sino que los *reconoce* y declara, haciendo así posible el ejercicio de los mismos, y les otorga protección. Si repasamos los textos de las Constituciones —la española incluida—, se observa que al referirse a los derechos fundamentales el verbo con más frecuencia utilizado es, precisamente, *reconocer* («el Estado reconoce...», «se reconoce...», etc.), lo cual parece demostrar que en el ánimo de los redactores subyace la tesis del carácter declarativo y no constitutivo de la positivación.

¿Cuál es el procedimiento para realizar la positivación? Hay varios medios para ello, pero nos limitaremos a mencionar los dos más importantes y que son, además, los que ordinariamente se han utilizado.

En primer lugar, la Constitución, lo cual tiene cierta lógica, porque siendo ese texto expresión de la voluntad popular, no hay lugar más adecuado para la proclamación de unos derechos y libertades que van a afectar a los ciudadanos. Los textos constitucionales comienzan a aparecer, como se sabe, a finales del siglo XVIII, coincidiendo cabalmente con el momento en que la doctrina tiene ya elaborada la teoría de los derechos humanos. La primera Constitución —la de los Estados Unidos, de 1787— no hace referencia a tales derechos (salvo una breve alusión al *habeas corpus*), pero la mayoría de las «enmiendas» que paulatinamente se han ido incorporando al texto constitucional se refieren, en cambio, a esa materia. Fue la pri-

mera Constitución francesa —la revolucionaria de 1791— la que inauguró el sistema de enunciar los derechos y libertades al transcribir como Preámbulo del texto articulado la Declaración de 1789, antes aludida. A partir de ese momento, los países empiezan a darse sus propias Constituciones y se consagra el sistema de hacer de ellas vehículo de positivación de los derechos fundamentales.

Un segundo procedimiento de positivación está en la *Declaración Universal de Derechos Humanos,* formulada por la ONU en 1948, única Declaración supraestatal de carácter universal. En sus treinta artículos se hace una enumeración bastante completa de los derechos humanos y es, por tanto, constante punto de referencia en esta materia. Por el Organo de donde procede, representa la expresión de la voluntad de todos los pueblos de reconocer y tutelar una serie de derechos y libertades con el carácter de fundamentales.

Se plantea, no obstante, el problema de si la inclusión de tales derechos en este texto constituye una auténtica positivación normativa de los mismos o si, por el contrario, se trata sólo de simples formulaciones programáticas, expresión de meras aspiraciones y, por ende, sin valor positivador. La duda proviene de que, como es sabido, los acuerdos de la Asamblea General de la ONU no tienen el carácter de *normas obligatorias* para los Estados miembros, sino que son meras «recomendaciones» y, como ya conocemos, la positivación consiste en el hecho de recoger los derechos fundamentales en *normas jurídicas.*

VI. CLASES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Son varias las clasificaciones que de los derechos fundamentales pueden hacerse, según los distintos criterios o puntos de vista que se tengan en cuenta (el contenido de los derechos, la condición de los sujetos, el ámbito de aplicación, etc.). Nosotros nos limitaremos a señalar tres especies, que corresponden, además, a sendos momentos del proceso histórico de aparición de tales derechos: los derechos *civiles,* los *políticos* y los *económico-sociales y culturales.*

Los *derechos civiles* son aquellos que afectan de modo más directo a la persona en cuanto que se refieren a los aspectos más ínti-

mos de ésta; se cuentan entre ellos, como más importantes, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la propiedad, a la libertad, a la dignidad, a la libertad de pensamiento y de conciencia, a la libre profesión de una religión, a la inviolabilidad del domicilio, etc. Teniendo en cuenta la naturaleza de estos derechos, es explicable que fueran los primeros respecto de los cuales se exigió su reconocimiento, por lo que no sorprende su mención en las primeras Declaraciones; así, en la *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia* (1776), precedente inmediato de la Declaración de independencia de los Estados Unidos, se dice que «los hombres... tienen ciertos derechos innatos..., a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad», y en la Declaración francesa que, como antes se dijo, encabeza la Constitución de 1791, se enumeran como «derechos naturales e imprescriptibles... la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad».

Logrado el reconocimiento de los derechos civiles, las aspiraciones se enderezan hacia los *derechos políticos,* que son los que se refieren de modo general a la intervención del ciudadano en la vida pública, tales como el derecho al sufragio, a participar en el gobierno, a exigir del poder que rinda cuentas de su actividad, al control de los impuestos, a la libertad de asociación y reunión, a la expresión libre y pública de las ideas, etc. La positivación de estos derechos y libertades se produce por vía constitucional a lo largo del siglo XIX, centuria que, en este aspecto, se caracteriza —debido al influjo, sobre todo, de la ideología liberal— por una constante preocupación por el perfeccionamiento de las instituciones democráticas y por establecer el juego de garantías requerido para conseguir un equilibrio entre el poder y los ciudadanos.

Una vez incorporados a las Constituciones los derechos políticos, que se suman a los civiles ya existentes, quedaba satisfecho el principio de la *libertad,* pero estaba sin desarrollar el principio de la *igualdad,* proclamado, sí, en las Declaraciones y en los textos constitucionales, pero que no había pasado de esa consagración puramente formal y, por tanto, teórica. Hasta ese momento estaban asegurados el derecho a la vida, a la propiedad, a la seguridad y a la libertad, es decir, los clásicos derechos de la burguesía; pero en la so-

ciedad construida sobre esos pilares persistían unas irritantes desigualdades reales, manifestadas cotidianamente, entre los poseedores de la riqueza y la gran masa proletaria que aportaba el trabajo. No servía en la práctica de nada que se asegurase de modo solemne la igualdad de todos y, por tanto, también del proletariado, si los desniveles económicos hacían imposible la efectiva paridad en las relaciones entre el capital y el trabajo, en las que quedaba comprometida la auténtica libertad de los menos favorecidos.

Durante el siglo XIX, y especialmente en su segunda mitad, el proletariado va adquiriendo conciencia de clase y presenta sus reivindicaciones: asegurados los derechos del individuo como tal, toca ahora contemplar los derechos del hombre en cuanto miembro de una sociedad, derechos que habrán de garantizar la participación *igual* de todos en los beneficios que comporta la propia vida social, en las aportaciones y realizaciones del Estado en materias como la salud, la educación, la vivienda, etc., y, en general, en los bienes comunitarios. Aparecen así los *derechos económico-sociales,* a los que se unen, ya en nuestro siglo —y especialmente a partir del término de la Segunda Guerra Mundial— los *derechos culturales,* que se refieren al acceso de todos, en igualdad de condiciones, al mundo de la educación y a los productos culturales. Sólo a título de ejemplos, porque este bloque de derechos es amplio, mencionaremos el derecho al trabajo, a su remuneración digna, a la seguridad e higiene en el mismo, a la seguridad social, a la huelga, a la sindicación, al descanso laboral, a la igualdad de oportunidades de acceso a los distintos niveles de la enseñanza, a la libre investigación, a la participación en la vida cultural, etc.

VII. BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de la aparición y evolución de los derechos humanos comienza, como ya hemos apuntado anteriormente, en la Edad Moderna. En la Antigüedad no sólo no existieron reconocimientos de los mismos por parte del poder, sino que ni siquiera se planteó el tema en el terreno teórico. Tampoco en el Medievo podemos hallar expresiones claras de los derechos humanos, al menos en la forma en que hoy los entendemos, pues los documentos de la época más o

menos relacionados con esta materia no contienen auténticas «declaraciones», sino meros *privilegios* que el monarca concede a un grupo de súbditos, a un estamento social, a los habitantes de una región o ciudad, etc. Tienen, por tanto, un claro matiz *esporádico* y *fragmentario* por un doble motivo: por referirse sólo a ciertos derechos o libertades concretas y por afectar únicamente a un determinado grupo de súbditos. De ahí que a estas incipientes manifestaciones medievales se las suele considerar como simples *precedentes* de los auténticos derechos fundamentales.

Como ejemplo típico de estos precedentes medievales suele citarse la *Carta Magna,* otorgada por el rey inglés Juan Sin Tierra en 1215, en la que el monarca se obliga a respetar determinados derechos de los barones de su reino, que ya los poseían con anterioridad. En la España medieval son frecuentes los pactos entre el rey y sus súbditos, generalmente acordados en Cortes y que suelen referirse al ejercicio de ciertas libertades y al establecimiento de garantías que ponían a los súbditos a cubierto de posibles excesos del poder del monarca. Algunos de estos pactos son incluso anteriores a la *Carta Magna* inglesa, como el acordado en las Cortes de León de 1188 entre Alfonso IX y su reino; deben recordarse también los acuerdos de Burgos de 1301 y de Valladolid de 1322; el *Privilegio General* de Aragón, otorgado por Pedro III a este reino en las Cortes de Zaragoza de 1283, etc.

Ya en la Edad Moderna, a partir del siglo XVI, no encontraremos, como hasta ahora, privilegios o concesiones a favor de grupos determinados, sino que las seguridades y garantías ofrecidas por el poder real se dirigen a *todos* los súbditos: se ha producido la *generalización de* los derechos humanos. En los comienzos de esta Edad Moderna, Europa se vio convulsionada por las cruentas guerras religiosas a las que puso fin la Paz de Augsburgo (1555), pero no por ello cesaron dentro de los Estados las persecuciones de los monarcas «reformados» contra los católicos y de los reyes fieles a Roma contra los protestantes.

Todo ello constituía un ataque rotundo a la libertad de conciencia, y por eso fue esa libertad la primera reclamada; el reconocimiento del derecho a la libertad de pensamiento y del derecho a profesar libremente una religión. En este orden de cosas fueron

importantes logros el *Edicto de Nantes,* otorgado por Enrique IV de Francia (1598), el *Acta de tolerancia* de Maryland (1649) y la *Carta* concedida en 1663 por el rey inglés Carlos II a la colonia americana de Rhode Island en la que se autorizaba en aquel territorio la libre práctica de cualquier religión.

Aquietada la cuestión religiosa, los esfuerzos se orientaron hacia la conquista de otros derechos civiles y algunos políticos. Fue en Inglaterra donde antes se cumplieron estas aspiraciones, que dieron lugar a tres célebres documentos, fruto de las continuas tensiones entre la Corona y el Parlamento y de las luchas internas que padeció aquel país durante su agitadísimo siglo XVII: la *Petition of Rights* (1628), la Ley de *Habeas Corpus* (1679) y el *Bill of Rights* (1689). Este último, por la extensa gama de derechos y libertades a que se refiere, constituye ya una «Declaración de derechos»; pese a ello, subsiste aún en el documento el carácter nacional, pues sólo afecta a los ingleses: no se ha llegado todavía a la afirmación de que los derechos y libertades pertenecen a todo hombre.

Ese momento se alcanzará cuando en las Declaraciones se borre la referencia exclusiva a un pueblo determinado y no se hable de los «derechos de los ingleses», sino de los «derechos de los hombres», lográndose la *universalización* de los derechos humanos. Este paso, con el que se inician las auténticas «Declaraciones de derechos» de la época moderna, lo dan también los ingleses, pero no en las islas, sino en las colonias americanas en el momento de acceder a su independencia. Aunque fueron varias las colonias que formularon Declaraciones, la que mayor fama ha alcanzado es la ya mencionada *Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia,* de 12 de junio de 1776, que fue seguida, pocos días después, el 4 de julio, por la *Declaración de independencia de los Estados Unidos,* texto en el que también se hace reconocimiento expreso de ciertos derechos humanos.

Por lo que toca a Europa, la primacía corresponde a Francia, donde la Asamblea nacional en los primeros tiempos de la Revolución aprobó, el 26 de agosto de 1789, la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano,* sancionada por Luis XVI el 5 de octubre y que posteriormente se incorporó como Preámbulo, según antes se dijo, a la Constitución de 1791.

A partir de ese momento y durante todo el siglo XIX van apareciendo las Constituciones en los diferentes países, siendo normal —aunque hay excepciones— que en ellas se haga expreso reconocimiento de todos o de algunos de los derechos humanos, si bien siempre limitados a los civiles y políticos. La hora de la incorporación a los textos constitucionales de los económico-sociales y culturales sonará en el siglo XX, siendo las Constituciones mexicana de 1917 y alemana de 1919 las primeras en uno y otro Continente en recoger la novedad, que después es seguida, hasta el presente, por la mavoría de los países.

En la postguerra de 1945 vuelven a aparecer solemnes «Declaraciones» semejantes a las del siglo XVIII, pero con la importante diferencia de que tales Declaraciones no tienen origen nacional —como la norteamericana o la francesa antes mencionadas—, sino que proceden de instancias supranacionales, produciéndose así después de la generalización y la universalización, el tercer momento: la *internacionalización* de los derechos humanos.

La terrible experiencia bélica, los crímenes contra la humanidad que en la segunda guerra mundial se cometieron y el total desprecio hacia los derechos humanos de que hicieron gala los regímenes totalitarios que durante décadas estuvieron implantados en diferentes países sacudieron la conciencia universal, que sintió la necesidad de proclamar con la mayor solemnidad los derechos y libertades fundamentales de todos los hombres, con independencia del reconocimiento de los mismos en las Constituciones. Así, una de las primeras misiones que acometió la *Organización de las Naciones Unidas*, creada por la Conferencia de San Francisco de 1945, fue la de redactar un código de los derechos del hombre, tarea que culminó con la aprobación por la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, de la *Declaración Universal de derechos humanos*, complementada posteriormente, en el propio seno de la ONU, por el *Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales*, ambos de 1966 (ratificados por España en 1977).

Otras Declaraciones, aunque de ámbito territorial más limitado, se produjeron, como la *Declaración americana de derechos y debe-*

res del hombre, aprobada en Bogotá en 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana, y la *Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales,* suscrita en Roma, en 1950, por la mayoría de las naciones europeas y que fue ratificada por España en 1979.

Junto a estos textos, procedentes de organismos internacionales, han aparecido también en nuestra época —como prueba de la grave preocupación que el tema suscita en todos los terrenos— Declaraciones de origen eclesial, como la Encíclica *Pacem in Terris,* de Juan XXIII (1963), dedicada específicamente a los derechos humanos, ciertos pasajes de la Constitución *Gaudium et Spes,* aprobada por el Concilio Vaticano II (1965), y la *Recomendación sobre los derechos del hombre,* redactada por el Consejo Mundial de las Iglesias en 1971.

VIII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La vigente Constitución española no podía ser una excepción a la tónica general manifestada en las Constituciones actuales de recoger en su articulado los derechos y libertades fundamentales, ofreciendo a la vez un sistema de garantías para su eficaz ejercicio. La importancia que los constituyentes de 1978 dieron a esta materia queda evidenciada al situarla en el Título I —bajo el epígrafe *De los derechos y deberes fundamentales*— y desarrollada con notable extensión (arts. 10 a 55). No es necesario hacer aquí una enumeración de los derechos reconocidos, que cualquiera puede encontrar hojeando nuestra Ley de leyes, por lo que nos limitaremos a subrayar que el tratamiento es minucioso, de suerte que en su articulado figuran todos los derechos civiles y políticos que deben ser reconocidos por todo Estado de Derecho y que igualmente es satisfactorio en términos generales el sistema de garantías establecido.

En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales están abordados con una cierta singularidad. A ellos se dedica el capítulo III del Título I, cuya rúbrica no les llama *derechos,* sino que les designa muy significativamente *principios rectores de la política social y económica,* y en el articulado los verbos que se emplean son «ase-

gurar», «velar», «fomentar» y, sobre todo, «promover», con referencia siempre al Estado. Y como, cuando se habla de las garantías de las libertades y derechos fundamentales, se dice (art. 53) que los reconocidos en el capítulo II «vinculan a todos los poderes públicos», resulta que los del capítulo III *no vinculan* a esos poderes; lo que quiere decir, en definitiva, que nadie puede exigir del Estado un cumplimiento inmediato del texto constitucional en los artículos que versan sobre los derechos económicos, sociales y culturales, con lo que tienen una posición mucho más débil que los demás derechos.

La razón de este tratamiento distinto es clara. Respecto de los que hemos llamado derechos civiles y políticos, el Estado no tiene otra misión que la de garantizarlos y tutelar su efectivo ejercicio por parte de los individuos. En cambio, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales requiere una acción estatal positiva que ponga las condiciones de hecho precisas para que puedan ejercitarse de modo real y no siempre el Estado dispondrá de los recursos necesarios para ello. Por ejemplo, el artículo 50 establece que «los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad»; si se reconociera a los ancianos un *derecho* como los del capítulo II, cualquiera de ellos podría reclamar ante los Tribunales el pago de una pensión adecuada. Y lo mismo podría decirse en los casos del derecho a una vivienda digna o a disponer de un medio ambiente no polucionado, etc. Y es claro que esas aspiraciones exigen planes de inversiones que han de acompasarse a las cambiantes circunstacias de la economía nacional.

Habrá, pues, que concluir que los derechos económicos, sociales y culturales están tratados en la Constitución más que como auténticos «derechos», con todas sus consecuencias de garantía de ejercicio, como metas a conseguir, como «principios» inspiradores de la política social y económica que el Estado se propone seguir. A pesar de esa minusvaloración, la presencia en la Constitución de estos sedicentes derechos sirve al menos para que la opinión pública, apoyándose en ellos, pueda siempre acuciar al Estado si se desentiende del cumplimiento de los compromisos adquiridos al recogerlos en el texto constitucional.

AUTOEVALUACIÓN

El Derecho tiene la función de:

- ☐ A) Regular los actos éticos de las personas.
- ☐ B) Proteger el ejercicio de los derechos fundamentales.
- ☐ C) Promulgar las leyes.

Se entienden por derechos fundamentales:

- ☐ A) Los concedidos por las normas positivas.
- ☐ B) Los poseídos por todo hombre.
- ☐ C) Los que afectan a la estructura del Estado.

Los derechos fundamentales se ejercen:

- ☐ A) Frente al Estado.
- ☐ B) Frente a otro sujeto particular.
- ☐ C) Frente a la Sociedad.

Los principales caracteres de los derechos fundamentales son:

- ☐ A) Universales, optativos, personales e inalienables.
- ☐ B) Imprescriptibles, inalienables, irrenunciables y universales.
- ☐ C) Positivos, universales, inalienables y personales.

Se entiende por positivación:

- ☐ A) El proceso mediante el cual los derechos fundamentales se formulan en normas positivas.
- ☐ B) El proceso que se sigue ante los tribunales de justicia para tutelar los derechos fundamentales.
- ☐ C) La determinación del contenido práctico de los derechos fundamentales.

La positivación de los derechos fundamentales se realiza:

- ☐ A) Por la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos.
- ☐ B) Por el poder ejecutivo.
- ☐ C) Por el poder del Estado.

La institución del Defensor del Pueblo:

- ☐ A) Coopera a la garantía de los derechos fundamentales.
- ☐ B) Es un tribunal que juzga los casos de lesión de los derechos fundamentales.
- ☐ C) Es un medio de positivación de los derechos fundamentales.

El primer texto que contiene una declaración de derechos atribuibles a todos los hombres es:

- ☐ A) La declaración de derechos del buen pueblo de Virginia.
- ☐ B) La Declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano.
- ☐ C) La Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano fue aprobada por:

- ☐ A) Los revolucionarios franceses.
- ☐ B) Por Napoleón.
- ☐ C) por Luis XVI.

La Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano es de:

- ☐ A) 1776.
- ☐ B) 1789.
- ☐ C) 1919.

La Declaración Universal de Derechos Humanos es de:

- ☐ A) 1776.
- ☐ B) 1812.
- ☐ C) 1948.

En el proceso histórico de los derechos humanos, la Declaración de la ONU representa:

- ☐ A) El momento de la generalización.
- ☐ B) El momento de la universalización.
- ☐ C) El momento de la internacionalización.

Los derechos económicos, sociales y culturales aparecen por primera vez en:

- ☐ A) Las declaraciones de derechos inglesas.
- ☐ B) Los textos constitucionales de los siglos XIX y XX.
- ☐ C) Las declaraciones de derechos del siglo XVIII.

La Carta Magna es un documento:

- ☐ A) Americano.
- ☐ B) Inglés.
- ☐ C) Español.

En la Constitución Española, la satisfación de los derechos económicos, sociales y culturales corresponde a:

- ☐ A) Los Tribunales.
- ☐ B) El Estado.
- ☐ C) El Gobierno.

CAPÍTULO X

NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS

III. LA RELACIÓN JURÍDICA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

1. *La relación jurídica*

Elementos:
Mutua y recíproca vinculación entre dos personas.
Atribución de facultad o derecho a un sujeto.
Posiciones de reciprocidad.
Sujeto activo y pasivo.
Hecho determinante, natural y voluntario.
Norma reguladora.
Prestación que debe realizar cada parte.

2. *El negocio jurídico*

Relación establecida como consecuencia de actos voluntarios y lícitos.
Clasificación: *inter vivos* y *mortis causa*; patrimoniales y no patrimoniales; onerosos, gratuitos y lucrativos.

II. LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1. *La familia*

Agrupación de personas: pareja y sus hijos y familiares.
Elementos: biológicos, morales o religiosos, económicos, de potestad.
Parentesco civil o por agnación y de sangre o por cognación. Familia patriarcal. Tipo monógamo de familia.
Crisis de la familia: factores biológicos, morales y sociales, económicos.

2. *El Derecho de Familia y su división*

Relaciones personales y patrimoniales de sus miembros.
Grandes temas: el matrimonio y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges.
Las uniones extramatrimoniales: legislaciones comunitarias y locales.
Las relaciones paterno filiales.
La adopción o filiación civil.
La prestación de alimentos entre parientes.
La tutela y la curatela.

3. *El matrimonio*

Unión estable de marido y mujer en comunidad de vida para la procreación y educación de hijos.
Concepciones: romano clásica: *honor matrimonii* y *affectio maritalis*.
Romano postclásica y canónica: valor constitutivo del consentimiento inicial.
Clases de matrimonio: civil y religioso.
Extinción del matrimonio: disolución y separación. Nulidad.

4. *Relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges*

Principio de igualdad entre los cónyuges.
Régimen económico del matrimonio: sociedad de gananciales.
Separación de bienes.
Régimen de participación en las ganancias.

III. HERENCIA Y DONACIONES

1. *Herencia*

Concepción romana: el heredero ocupa la posición del difunto.
Sucesión universal y particular: *inter vivos* y *mortis causa*.
Sucesión testamentaria o intestada.
Legítima, mejora y cuota de libre disposición.
Orden de suceder en la sucesión intestada.

2. *Donaciones*

Causa lucrativa del acto de atribución patrimonial.
Limitaciones a la facultad de donar.
Donaciones remuneratorias.

IV. PROPIEDAD, POSESIÓN Y DERECHOS REALES

1. *Cosa, posesión y propiedad*

Actos de apoderamiento de cosas.
Posesión como situación de hecho.
Propiedad: potestad plena sobre las cosas.

2. *Clases de cosas*

Bienes que proporcionan servicio o satisfacción al hombre.
Bienes muebles e inmuebles.
Universalidades:conjunto de cosas.
Frutos: productos periódicos; naturales y civiles.

3. *Modos de adquirir la propiedad*

Originarios: ocupación.
Accesión.
Derivativos: tradición.
Usucapión.

4. *Derechos reales en cosa ajena*

A) Derechos de goce: usufructo.
Uso y habitación.
Servidumbre: rústica y urbana.
B) Derechos de garantía: Prenda, con desplazamiento de la posesión del deudor al acreedor.
Hipoteca, sin desplazamiento de la posesión.
C) Derechos de adquisición: tanteo y retracto.

V. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. *La obligación*

Finalidad: cumplimiento de la prestación.
Fuentes de la obligación: contrato, delito, cuasi contrato y actos ilícitos culposos.

2. *El contrato*

Obligación de dar alguna cosa o prestar algún servicio.
Requisitos esenciales: consentimiento, objeto y causa.

3. *Tipos de contrato*

A) Compraventa: entrega de la cosa y pago del precio. Compraventa civil y mercantil.
B) Permuta: dar una cosa para recibir otra.
C) Arrendamiento: de cosas, de obras o servicios.
D) Mandato: prestar servicio o hacer alguna cosa por cuenta de otro.
E) Préstamo: de uso (comodato), de consumo (mutuo).
F) Depósito voluntario.
G) Fianza: pagar o cumplir por un tercero. Acreedor y fiador; no necesaria la intervención del deudor.

CAPÍTULO X

NOCIONES JURÍDICAS BÁSICAS

I. LA RELACIÓN JURIDICA Y EL NEGOCIO JURÍDICO

1. *La relación jurídica*

Como ya dijimos en el apartado IV del capítulo I, entre las numerosas relaciones humanas motivadas por causas de diversas índole (familiares, amistosas, laborales, religiosas, políticas, etc.), el Derecho se ocupa especialmente de algunas de estas relaciones, calificadas por ello como jurídicas. Estas son las que tienen trascendencia para el orden social o político por manifestar una especial relevancia para una ordenada convivencia. En este sentido se define la relación jurídica como la situación de mutua y recíproca vinculación entre dos o más personas, regulada por la norma jurídica y originada por un hecho que puede ser natural o producido por un acto voluntario y que tiene por objeto la realización de determinadas prestaciones.

En esta definición existen los siguientes elementos:

a) Mutua y recíproca vinculación: quiere decir que la situación en que se encuentran los sujetos intervenientes es siempre correlativa, de modo que una se corresponde con la otra; esto puede entenderse en un doble sentido:

— Cuando en la relación se atribuye una facultad o derecho a un sujeto, se impone a la vez al otro un deber correlativo: frente a la facultad del perjudicado de pedir una indemnización por daños, existe el deber del causante de resarcirlos; a la pretensión del acreedor de exigir el importe del crédito corresponde el deber del deudor de pagar su deuda.

— Generalmente, aparecen situaciones compensadas, en las que las posiciones de reciprocidad otorgan derechos y cargan obligaciones de manera alternativa. Así ocurre, por ejemplo, en la compraventa: el comprador tiene la facultad de pedir la entrega de la cosa y el deber de pagar el precio convenido; el vendedor tiene la facultad de exigir el precio, pero tiene la obligación de entregar la cosa vendida.

b) En cuanto a los sujetos, debe distinguirse entre el activo, a quien la norma concede la facultad de exigir la prestación, y el pasivo, que tiene el deber de realizarla. En ambos casos, puede tratarse de personas físicas o de personas jurídicas y también puede existir pluralidad de sujetos, tanto activos como pasivos.

c) Por lo que se refiere al origen de la relación, ésta procede de un hecho denominado *hecho determinante;* éste puede ser natural, cuando no es originado por el hombre (v.gr., si un animal causa daños en un sembrado, este hecho obliga al dueño de aquél a resarcir los perjuicios), y voluntarios, si es querido por quien lo realiza, como es el caso de las declaraciones de voluntad.

d) La norma reguladora es la que determina la recíproca posición de las partes en la relación, estableciendo entre las mismas los derechos y los deberes.

e) El objeto de la relación es la prestación que debe realizar cada parte que interviene. No son las cosas en que consiste la prestación, porque aunque en la mayoría de los casos la prestación consiste en dar algo o hacer algo, también puede traducirse en una abstención.

2. *El negocio jurídico*

Son negocios jurídicos las relaciones establecidas como consecuencia de actos voluntarios y lícitos.

Los negocios jurídicos se clasifican tradicionalmente en:

— *inter vivos* y *mortis causa:* los primeros producen sus efectos durante la vida de los que los crean, como puede ser el contrato de compraventa o de sociedad, mientras que los segundos comienzan a producir sus efectos cuando muere el autor del acto voluntario, como ocurre en el testamento.

— *patrimoniales* y *no patrimoniales*, según que tengan o no un contenido evaluable en términos económicos. Los negocios patrimoniales se dividen en:

— negocios *a título oneroso:* la prestación de una parte tiene como contrapartida la prestación de la otra (por ejemplo, la cosa entregada por el vendedor y el precio pagado por el comprador).

— negocios *gratuitos:* cuando la prestación se realiza sin finalidad de lucro, como el préstamo de uso o comodato.

— negocios *lucrativos:* la prestación supone enriquecimiento de una de las partes a costa de la otra, que se empobrece; ejemplo, la donación.

II. LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO

1. *La familia*

Conforme a una noción vulgar, la familia es una agrupación de personas formadas por una pareja y por sus hijos o por otros familiares que conviven con ellos. Puede decirse que es la célula social primaria que sirve de base para otros grupos e integraciones sociales.

En la regulación jurídica de este grupo de personas, que constituye el Derecho de Familia, intervienen los siguientes elementos:

a) De carácter biológico: la unión de hombre y mujer dirigida a la procreación o perpetuación de la especie.

b) Morales o religiosos: la comunidad familiar está regida por unos principios morales o religiosos y en determinados momentos históricos se considera incluso como unidad de cultos y ritos que unen a los miembros vivos con los antepasados (dioses manes o lares de los romanos).

c) Económicos, para conseguir alimentos y bienes para la supervivencia de la familia.

d) De potestad o sometimiento a la autoridad del jefe de la familia, que protege y ayuda a todos los sometidos y a los que exige respeto y obediencia. La familia constituye el fundamental núcleo político sobre el que se construyen entidades superiores, como los clanes o tribus y las asambleas y comicios populares. En este sentido Cicerón afirmaba que la familia era *principium urbis et quasi seminarium reipublicae.*

En la historia de la familia los vínculos de potestad han prevalecido en los períodos primitivos sobre los de sangre o parentesco natural. En Derecho romano, el jurista Ulpiano considera a la familia como el núcleo de personas sometidas a la autoridad del paterfamilias por la naturaleza o por el derecho (*aut natura aut iure subiectae*). En esta noción se contienen las referencias a los dos tipos de parentesco: civil o por agnación (sometimiento a un jefe común) y de sangre, por cognación. La familia sirve también para designar el conjunto de bienes de producción en una economía agrícola primitiva. Cuando de este régimen económico primitivo se pasa a los intercambios comerciales en la expansión imperial, la mayor participación negocial de los sometidos, acompañada de movimientos de emancipación, lleva a la prevalencia de la familia cognaticia, basada en el parentesco natural o de sangre.

La descrita es la familia patriarcal, que ha tenido la mayor influencia histórica en el mundo clásico y también una gran incidencia en la sociedad feudal de la Edad Media. Otras experiencias, como el matriarcado primitivo o la poligamia de determinados credos o sociedades, han tenido un ámbito más reducido.

En la Edad Moderna, el derecho ha venido regulando el tipo monógamo de familia. El gran grupo familiar de parientes en línea directa (ascendientes y descendientes) y colateral (hermanos, tíos, primos, sobrinos), que favorecía la convivencia en núcleos rurales o en poblaciones pequeñas, se ha visto reducido sobre todo por la complejidad y el aislamiento que impone la vida en las grandes ciudades, con pérdida de la estabilidad y de la relación entre los miembros de una misma familia.

Una serie de factores y hechos sociales de nuestra sociedad contemporánea han ocasionado la crisis de la familia, entre los que podemos citar:

a) Biológicos: el control y disminución de la natalidad; las nuevas técnicas de inseminación e implantación de óvulos fecundados con la consiguiente coparticipación en la maternidad, la fecundación *in vitro* y otros avances de la llamada ingeniería genética, que amenazan con cambiar las ideas tradicionales sobre la paternidad y la maternidad.

b) Morales y sociales: la promiscuidad sexual, la frecuencia de divorcios, la admisión de uniones estables, e incluso conyugales, entre personas del mismo sexo, y la proliferación de las llamadas uniones libres.

c) Económicos: la generalización del trabajo femenino, la prematura o tardía emancipación de los hijos, la desaparición o pérdida de importancia del patrimonio familiar frente a las prestaciones del Estado o de la seguridad social.

La socialización de las funciones tradicionales de la familia, como son la alimentación, la educación y la protección y cuidado de menores e incapaces también ha entrado en crisis con la quiebra y actual proceso de desaparición del Estado-providencia socialista. La sustitución de la familia por entes públicos o corporativos pertenece al reino de las utopías y recientes estudios psicológicos y sociológicos demuestran la necesidad de la familia tradicional.

2. *El Derecho de Familia y su división*

En el Derecho de Familia se regulan las relaciones personales y patrimoniales de sus miembros, atendiendo sobre todo al interés corporativo o social, lo que impone muy fuertes limitaciones al principio de la autonomía de la voluntad, característico del Derecho privado, y hace trasladar al Derecho Público sus normas, que se consideran inderogables por los particulares.

El Derecho de Familia se encuentra regulado en el Código Civil. Como este cuerpo legal es de 1889, muchos de sus preceptos han sido reformados para adaptarlos a las nuevas exigencias y concepciones sociales, sobre todo a partir de la Constitución de 1978.

Los grandes temas del Derecho de Familia son los siguientes:

a) El matrimonio y las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges. Dada su importancia, lo tratamos después de modo específico.

b) Las relaciones paterno-filiales y la patria potestad de los padres sobre los hijos. Estas relaciones se regulan por el Código tanto en sus aspectos personales como patrimoniales. El artículo 39.2 de la Constitución declara iguales a los hijos «ante la ley, con independencia de su filiación». Y el Código Civil, después de la reforma producida en esta materia en 1981, dice que «la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos» (art. 108).

c) La adopción o filiación civil. Se produce por la declaración del adoptante de que quiere ser el padre o madre del adoptado, que debe ser aprobada por el juez, una vez acordada la conveniencia para el adoptado, previo dictamen del Ministerio Fiscal. La adopción plena se identifica con la filiación natural y, como antes se ha dicho, produce sus mismos efectos. Sólo es posible respecto al menor de catorce años.

d) La prestación de alimentos entre parientes. Esta obligación la impone el Código a algunos parientes próximos: cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos. Se entiende por alimento todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido,

asistencia médica y también para la educación e instrucción, si se trata de un menor de edad.

e) La tutela y la curatela, como instituciones que suplen la patria potestad por inexistencia de los padres, tienen por objeto la guarda y protección de la persona y bienes, o solamente de la persona o de los bienes, de los menores e incapacitados.

3. *El matrimonio*

Se considera como matrimonio la unión estable de marido y mujer en una comunidad de vida encaminada a la procreación y educación de los hijos.

En la historia se han sucedido dos distintas concepciones del matrimonio:

— La romana clásica: existe matrimonio siempre que la convivencia o unión conyugal tenga la consideración social de unión estable (*honor matrimonii*), que perdurará mientras persista el afecto recíproco entre los cónyuges (*affectio maritalis*) y se extinguirá cuando cese este amor entre un cónyuge y el otro.

— La romana postclásica y canónica: por influencia de las ideas cristianas de la indisolubilidad y el carácter sacramental del vínculo matrimonial, se atribuye valor definitivo al consentimiento inicial, es decir al que se intercambia entre los contrayentes al celebrar su matrimonio. Ha prevalecido la regla canónica del valor constitutivo del consentimiento inicial.

En la actualidad existen dos clases principales de matrimonio: el civil, celebrado ante el juez, y el religioso, en la forma prevista por una confesión religiosa. El artículo 32 de la Constitución dispone: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.» Según la ley de 7 de julio de 1981, que dio nueva redacción al Título IV del libro 1 del Código Civil, el matrimonio celebrado conforme a

las normas del Derecho canónico o en cualquier otra forma religiosa produce efectos civiles. La inscripción del matrimonio religioso se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

En cuanto a la crisis y extinción del matrimonio, se distingue entre la *disolución,* que extingue el vínculo matrimonial y que se produce por la muerte de alguno de los cónyuges y por el divorcio, y la *separación.* Esta consiste en la suspensión de la vida en común de los cónyuges, decretada por el juez a petición de uno o de ambos, cuando concurra alguna de las causas previstas en el Código. La separación mantenida durante un tiempo puede conducir al divorcio: un año, si la demanda de separación fue consentida por ambos cónyuges o si el demandante vence en el litigio; cinco años, aunque el cónyuge no culpable no quiera el divorcio, lo que equivale a admitir el repudio o divorcio unilateral. Distinta del divorcio es la *nulidad* del matrimonio, que se produce cuando falta la forma o los presupuestos esenciales, o existen vicios en el consentimiento. La declaración de nulidad no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe. Sobre la nulidad de los matrimonios celebrados conforme al Derecho canónico son competentes los Tribunales eclesiásticos. Las sentencias y resoluciones de estos Tribunales tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente.

Aunque el artículo 149.1.8.ª de la Constitución declara que son competencia exclusiva del Estado las relaciones jurídico-civiles relativas a la forma de matrimonio, la ausencia de una legislación general, al no haberse aprobado por el Parlamento las sucesivas proposiciones de ley presentadas, hace que hayan proliferado legislaciones comunitarias y locales sobre uniones extramatrimoniales. Varios municipios han establecido registros de parejas estables y a partir de 1998 las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Navarra y Valencia han legislado sobre las llamadas parejas de hecho, y otras Comunidades proyectan regulaciones semejantes. Se equiparan a efectos legales las parejas estables he-

terosexuales y las homosexuales. Se reconocen efectos jurídicos, económicos y laborales a las uniones estables que acrediten la convivencia durante uno o dos años, o la establezcan mediante escritura pública. Aunque se tiende a la equiparación de estas uniones al matrimonio, la diferencia más importante es la admisión del repudio unilateral, sin más requisito que la comunicación al conviviente. La legislación catalana llega a atribuir en la sucesión intestada derechos sucesorios a la pareja homosexual que no concede a la heterosexual. El Parlamento estudia una ley general sobre el contrato de unión civil que pondrá fin a la anarquía legislativa existente.

4. *Relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges*

Desaparecido el régimen de la autoridad marital, la ley de 1981 establece el principio de igualdad conforme con el artículo 32 de la Constitución que antes se transcribió. De acuerdo con este principio, ambos deben respetarse y ayudarse recíprocamente y están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

En cuanto a las relaciones patrimoniales, el régimen económico del matrimonio será el que decidan los contrayentes en el contrato de capitulaciones. En estas capitulaciones se puede pactar el régimen de separación absoluta de bienes, en el que cada uno de los cónyuges conserva el dominio, usufructo, administración y disposición de todos sus haberes y ganancias, con la obligación de contribuir a las cargas familiares. También pueden pactar el régimen de participación en las ganancias, en el que, aun manteniéndose separado el patrimonio de cada uno, se realiza a la disolución del matrimonio un estado de cuentas en el que se considera como ganancia el exceso que resulte de los bienes actuales sobre los que se aportaron al matrimonio. A falta de capitulaciones, o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la *sociedad de gananciales*. Mediante esta sociedad, se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad a la disolución de la sociedad. Se exceptúan los bienes llamados privativos, que el cónyuge tenía antes del matrimonio, o los que haya adquirido por herencia o donación.

III. HERENCIA Y DONACIONES

1. *Herencia*

La muerte no sólo supone el fin de la existencia y de la actividad humana, sino también un cambio forzoso en la titularidad de los bienes y de las relaciones jurídicas. El hombre se perpetúa en sus sucesores, que ocupan su lugar en sus propiedades y negocios. La propiedad, como potestad plena y continuada sobre las cosas, está más vinculada a la familia que al individuo que, por su efímera existencia, es un simple y transitorio poseedor.

En la concepción romana de la sucesión, el heredero ocupa la posición del difunto. Es decir, se hace titular de sus bienes y derechos y también de sus deudas, que en caso de que la herencia sea dañosa, debe atender con sus propios bienes. Ello se debe al carácter universal de la sucesión hereditaria.

En la doctrina se distingue entre la sucesión universal y la particular, según se trate de la transmisión de un patrimonio o de un bien particular. También se diferencia entre la sucesión *inter vivos* y la *mortis causa* para indicar una sustitución de sujetos vivos o de una transmisión a causa de la muerte de una persona. En este último tipo de sucesión puede tratarse de una sucesión testada o testamentaria, o intestada. En este sentido, la sucesión puede ser *testamentaria* y *legítima:* la primera es la que se defiere por la voluntad del hombre manifestada en el testamento; la segunda es la que, a falta de testamento, se abre por disposición de la ley. El testamento es el acto por el que una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos. Por el testamento se atribuye la herencia, como bloque o conjunto de bienes que forman el patrimonio hereditario, y también pueden asignarse bienes concretos de la herencia a título de legado.

Los hijos y el cónyuge del causante tienen derecho a una parte de la herencia, llamada *legítima;* de ella no puede privarles el testador a no ser que se dé alguna de las causas de desheredación establecidas en el Código Civil. Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del caudal hereditario de los padres, pudiendo disponer éstos de una de estas partes para atribuirla como

mejora a algunos de los hijos o descendientes. La tercera parte restante de la herencia será de libre disposición.

La sucesión legal o intestada tiene lugar cuando el causante no otorga testamento o éste es inválido, o no comprende todos los bienes posibles, o renuncia alguno de los herederos y no hay sustitutos, o cuando no se cumple la condición puesta a la institución de heredero o el instituido heredero es incapaz de suceder (art. 912 del Código Civil). A falta de herederos testamentarios, la ley defiere la herencia a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado (art. 913).

En las herencias, el pariente más próximo excluye al más remoto, salvo el derecho de representación (art. 921).

El orden de suceder en la sucesión intestada es el siguiente:

— Primero heredan los hijos, y por representación, los descendientes vivos más directos del hijo fallecido.

— En segundo lugar, y a falta de hijos y descendientes, heredan los ascendientes: padres, abuelos y bisabuelos. Si los hay paternos y maternos, heredan la mitad por cada línea.

— En defecto de parientes en línea recta, sucede el cónyuge.

— Finalmente, no existiendo cónyuge sobreviviente, suceden los parientes colaterales; primero, los hermanos; luego, los sobrinos hijos de éstos; a continuación, los tíos carnales; a falta de ellos, los parientes en cuarto grado, y en defecto de ellos, el Estado.

2. *Donaciones*

Además de estas donaciones por causa de muerte, el Derecho admite las donaciones *inter vivos*. La donación es un acto de liberalidad del donante a favor del donatario que supone un empobrecimiento del primero y un consecuente enriquecimiento del segundo. La donación en general es la causa (causa lucrativa) de un acto de atribución patrimonial.

Como el acto de la donación disminuye la fortuna del donante, también repercute en las expectativas de cobrar de los acreedores y

en las esperanzas de heredar de los herederos con derecho a legítima. Por ello, se establecen una serie de limitaciones a la libertad de donar: en caso de falta de recursos para pagar las deudas del donante, la donación pura se considera en fraude de acreedores. Si los herederos legitimarios ven reducida su legítima por la disminución del caudal hereditario, tienen derecho a una reducción de las donaciones *inter vivos* que el causante hizo y que perjudican sus derechos. La donación, que debe someterse a determinadas formalidades, que tratan de suscitar la necesaria reflexión del donante, puede revocarse por éste en determinados supuestos, como son el nacimiento posterior de hijos, o por causa de ingratitud, cuando el donatario comete un delito doloso contra la persona, la honra o los bienes del donante.

Las donaciones remuneratorias u onerosas son aquellas que se hacen a las personas por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o en las que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.

IV. PROPIEDAD, POSESIÓN Y DERECHOS REALES

1. *Cosa, posesión y derechos reales*

El hombre usa y dispone de las cosas del mundo exterior. En una fase originaria, las mismas cosas, y no las relaciones o los derechos sobre ellas, son objeto de un poder efectivo que se concreta e identifica en ellas. Estos poderes se manifiestan en los actos de apoderamiento o reclamación de cosas (*vindicationes*) conforme a los ritos establecidos por el Derecho.

Después de identificar las mismas cosas aparece la relación del hombre con la cosa. No la finca ni la casa, sino el uso de un campo o de una casa. Esta relación aparece en primer plano, y todos los demás miembros de la comunidad deben respetar esta relación. Así se configura *la posesión* como una situación de hecho: si se contempla sólo el hecho físico de la apropiación de una cosa o el asentamiento de alguien sobre un campo se habla de detentación o posesión natural. Si el Derecho protege al poseedor amparándole frente a todo acto que le perturbe, de manera que si le es arrebatada la cosa se le

restituye mediante el ejercicio de los interdictos, se trata de posesión civil o interdictal. Los interdictos son un medio provisional que restituye a su estado anterior la situación posesoria, cuando ésta ha sido vulnerada o desconocida.

Un paso más en la protección de la relación permanente con las cosas, con exclusión de todos los demás sujetos, es la *propiedad*. Es una potestad *plena* sobre las cosas, que el Código Civil (art. 348) define como «el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». La propiedad se entiende mejor cuando se la contempla desde el ámbito procesal, de la protección del derecho del propietario, mediante la acción reivindicatoria. Cuando el propietario pierde la posesión de la cosa puede reivindicarla de quien la posee. Se trata del derecho en acción, o en su aspecto dinámico. El Código Civil dice en el mencionado artículo que «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla».

2. *Clases de cosas*

Objeto del Derecho no son sólo las cosas materiales, sino en general los bienes, que proporcionan algún servicio o satisfacción al hombre, entendidos en un sentido amplio que comprende realidades no tangibles, como las energías, o intelectuales, como las ideas o los inventos.

«Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles e inmuebles» (art. 333 CC). Son bienes inmuebles las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo y todo lo que esté unido a un inmueble de un modo permanente, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto. También se comprenden entre los inmuebles las máquinas o utensilios de una explotación o industria, los viveros de animales, las minas y canteras y determinados derechos, como las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres. (art. 334 CC). Todas las demás cosas suceptibles de apropiación se consideran muebles, y en general, todos los que se pueden transportar de un

punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieron unidos (art. 335 CC).

Existen conjuntos de cosas u objetos entre los que existe una cierta unidad en su utilización (como, por ejemplo, una biblioteca, un museo, un rebaño). Estos objetos que forman una unidad económico-social se llaman *universalidades*.

Especial importancia jurídica tienen los frutos, que son los productos o rendimientos a cuya producción periódica está destinada la cosa que los produce. Los frutos se consumen sin que se altere por ello la cosa que los produce. Se distinguen los frutos naturales y los civiles. Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales. Frutos civiles son el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas (art. 355 CC).

3. *Modos de adquirir la propiedad*

Las formas o modos reconocidos por el Derecho para adquirir la propiedad sobre las cosas se clasifican en *originarios* y *derivativos:* en los primeros se considera el acto de apoderamiento de las cosas con independencia de la relación con otros propietarios; en los segundos se atiende a la relación con otro sujeto que pierde su derecho de propiedad al mismo tiempo que la adquiere el nuevo dueño. Esta clasificación, aunque es la más aceptada y difundida, no siempre resulta clara, porque algunos modos de adquirir pueden considerarse tanto originarios como derivativos, como ocurre con la usucapión.

A) *Formas originarias*

Las principales son:

— *Ocupación:* se adquiere la propiedad por apropiarse de los bienes que «por su naturaleza carecen de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas» (art. 610 Cc).

— *Accesión:* cuando una cosa se incorpora definitivamente a otra principal, el propietario de ésta adquiere lo que se le une. Entre los incrementos que reciben los fundos situados en las riberas de los ríos se distinguen los siguientes supuestos:

— Aluvión: el propietario del fundo adquiere lo que el agua del río va depositando poco a poco en su terreno.

— Avulsión: también adquiere la propiedad de la parte o porción de tierra que el río separa de un predio y lo agrega al suyo, y también los árboles depositados por la corriente en su terreno, si nadie los reclama en un mes.

— Mutación del cauce de un río por obra de la naturaleza: el cauce abandonado se divide por el centro, incorporándose cada parte a la finca ribereña más próxima. Igual criterio se aplica cuando nace una isla en el río, siempre que no se trate de ríos navegables, en cuyo caso la isla pertenece al Estado.

B) *Formas derivativas*

La *usucapión* o prescripción consiste en la adquisición de la propiedad de una cosa por su posesión continuada durante el plazo establecido por la ley. Si se trata de bienes muebles, su propiedad se prescribe «por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe», o «de seis años sin necesidad de ninguna otra condición» (art. 1.955 CC)».

«En el caso de bienes inmuebles, se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte años entre ausentes con buena fe y justo título» (art. 1.957 CC), y por la posesión no interrumpida durante treinta años sin necesidad de otros requisitos (art. 1.959 CC). Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio (art. 1.941 CC). El justo título suele identificarse con el acto o hecho originario de la posesión.

4. *Derechos reales en cosas ajenas*

A) *Derechos de goce*

— *Usufructo:* Es el derecho de usar las cosas ajenas y percibir sus frutos, respetando su forma y sustancia. El titular del derecho se llama usufructario y el dueño de la cosa dada en usufructo, nudo propietario.

— *Uso y habitación:* «El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta se aumente. La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (art. 524 CC).

— *Servidumbre:* «Es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente» (art. 530 CC.).

B) *Derechos de garantía*

Son los que aseguran el cumplimiento de una obligación por la concesión al acreedor de la posesión o de la facultad de vender una cosa ajena para pagar con su precio el importe de su crédito. Estos derechos pueden constituirse por el deudor o por el dueño de la cosa dada en garantía: «Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes» (art. 1.857 CC).

Los derechos de garantía ofrecen las siguientes modalidades:

— *Prenda:* es la entrega de la posesión de bienes muebles para garantizar una deuda, que hace el deudor al acreedor con la facultad de éste de proceder a realizar su valor en caso de incumplimiento de la obligación. La enajenación de la cosa pignorada debe hacerse en subasta pública, y sólo si después de dos subastas no se vendiese, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda (art. 1.872 CC).

— *Hipoteca:* se constituye sobre bienes inmuebles con la finalidad de garantizar una obligación principal sin que la posesión de estos bienes pase del deudor al acreedor. Para que surta sus efectos es necesario que el documento en que conste se inscriba en el registro de la Propiedad (art. 1.875 CC). La hipoteca está regulada por la Ley Hipotecaria y su Reglamento. «La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» (art. 104 Ley hipot.).

— *Anticresis:* el acreedor adquiere el derecho a percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito (art. 1.881 CC).

C) *Derechos de adquisición*

Son aquellos que facultan a su titular para conseguir que se le transmita por su dueño la cosa o derecho sobre que recaen:

— *Tanteo:* Como indica su nombre, consiste en comprar una cosa por tanto precio como ofrezca otro comprador. El enajenante está obligado a notificar al titular de este derecho la venta proyectada. Tienen derecho de tanteo, entre otros, los coherederos.

— *Retracto:* cuando ya se ha realizado la venta se concede al titular de este derecho la facultad de «subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o donación en pago» (art. 1.521 CC). Existe el retracto de comuneros o copropietarios de una cosa común y el de colindantes. También el de los arrendatarios rústicos o urbanos.

V. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

1. *La obligación*

Es un vínculo jurídico por el que una persona, deudor, se compromete con otra persona, acreedor, a realizar una prestación consistente en *dar, hacer o no hacer alguna cosa* (art. 1.088 CC).

En el primitivo Derecho romano el mismo cuerpo del deudor se vincula o somete en garantía del cumplimiento de la obligación en virtud del acto de automancipación (*nexum*). En el Derecho clásico la responsabilidad es patrimonial, es decir, responde el deudor con su patrimonio, como en la actualidad: «Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros» (art. 1.911 CC).

La finalidad de toda obligación es el cumplimiento de la prestación, es decir, proporcionar al acreedor la satisfacción de su interés entregando la cosa o prestando algún servicio o atención, y, en su defecto, indemnizándole de los perjuicios que el incumplimiento le haya ocasionado. La prestación objeto de la obligación debe ser posible, lícita y determinada.

Fuentes de la obligación son aquellos actos a los que la ley confiere virtualidad para hacer surgir el vínculo entre acreedor y deudor. «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (art. 1.089 CC). En esta enumeración, en la que han influido las clasificaciones romanas de Gayo y Justiniano, se contemplan dos categorías generales: el contrato y el delito, y otras dos subclases: el cuasi contrato y los actos ilícitos culposos.

Las obligaciones se extinguen por el pago o cumplimiento, aunque también se admiten otros actos o supuestos de extinción (art. 1.156 CC). «No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía» (art. 1.157 CC).

2. *El contrato*

«El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio» (art. 1.254 CC).

El artículo 1.261 del Código Civil específica los tres requisitos esenciales del contrato: el consentimiento, el objeto y la causa: «No hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: 1.º

Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca.» El consentimiento, concordancia de las voluntades de las partes celebrantes del contrato, no pueden prestarlo: 1.º Los menores no emancipados. 2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir (art. 1.263 CC).

En cuanto a la forma de realizar el contrato, dice el artículo 1.280 del Código Civil que deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a terceros... También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas.

Pueden ser objeto de contrato las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras... y todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271 CC). No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles (art. 1.272 CC).

3. *Tipos de contrato*

Los contratos más importantes y los de mayor frecuencia en la práctica son los siguientes:

A) *Compraventa*

La compraventa es un contrato por el que una parte, llamada vendedor, se obliga a la transmisión de una cosa o un derecho a la otra (comprador) a cambio de que ésta se obligue a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente (art. 1.445 CC). Es un contrato bilateral, porque surgen obligaciones para ambas partes, consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de que la cosa sea entregada, y obligatorio, por-

que no produce la transmisión de lo vendido, sino que obliga a su transmisión. La venta puede ser *civil* o *mercantil*, según esté regulada por el Derecho civil o por el Derecho mercantil. En cuanto a la capacidad de las partes dice el artículo 1.457 del Código Civil que podrán celebrar el contrato de compraventa todas las personas a quienes este Código autoriza para obligarse».

«El vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta» (art. 1.461 CC). La entrega consiste en poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida. El saneamiento significa que lo vendido esté libre de gravamen y de defectos ocultos, lo que obliga al vendedor a responder ante el comprador: «1.º De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2.º De los vicios o defectos ocultos que tuviere» (art. 1.474).

El comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato. Si no se hubieren fijado, deberá hacerse el pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida (art. 1.500 CC). El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio en los tres casos siguientes: 1.º Si así se hubiere convenido. 2.º Si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta. 3.º Si se hubiese incurrido en mora, con arreglo al artículo 1.100 (art. 1.501 CC).

B) *Permuta*

De acuerdo con el artículo 1.538 del Código civil, la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra». El Código Civil presta poca atención a este contrato, remitiendo en todo lo que no se halle especialmente determinado en este título a las «disposiciones concernientes a la compraventa», remisión que se justifica por la semejanza existente entre ambas figuras. Si alguno de los permutantes perdiese por evicción la cosa recibida, «podrá optar entre recuperar la que dio en cambio o reclamar la indemnización de daños y perjuicios» (art. 1.540 CC). «Si uno de los contratantes hubiese recibido la cosa que se le prometió en permuta y acreditase que no era propia del que la dio, no podrá ser obligado a entregar la que él ofreció a cambio, y cumplirá con devolver la que recibió» (art. 1.539 CC).

C) *Arrendamiento*

«El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios» (art. 1.542 CC). «En el arrendamiento de cosas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto» (art. 1.543 CC). Es un contrato bilateral, consensual, oneroso, porque el arrendatario a cambio del uso o goce de la cosa recibida se obliga a algo hacia el arrendador, y de duración temporalmente limitada.

El arrendador está obligado: 1.º A entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato. 2.º A hacer en ella durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso a que ha sido destinada. 3.º A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (art. 1.554 CC).

El arrendatario está obligado: 1.º A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos. 2.º A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra. 3.º A pagar los gastos que ocasione la escritura del contrato (art. 1.555 CC). Si el arrendador o el arrendatario no cumplieron las obligaciones expresadas en los artículos anteriores, podrán pedir la rescisión del contrato y la indemnización de daños y perjuicios, o sólo esto último, dejando el contrato subsistente (art. 1.556 CC).

El contrato de arrendamiento, cuando cumple su tiempo de vigencia, puede prorrogarse, subsistiendo el mismo contrato, o renovarse, mediante la expedición de uno nuevo con distintas condiciones.

D) *Mandato*

«Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra» (art. 1.709 CC).

«A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto, no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo» (art. 1.711 CC). «El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante. Debe también acabar el negocio que ya estuviese comenzado al morir el mandante, si hubiere peligro en la tardanza» (art. 1.718 CC). «El mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido» (art. 1.726 CC).

El mandante está obligado al pago de la retribución cuando ésta proceda, a anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, a hacerse cargo de las obligaciones contraídas por el mandatario en su nombre y que estaban comprendidas en el contrato de mandato, a reembolsar lo que el mandatario hubiese anticipado y no se hubiese perdido por su culpa e indemnizarle por daños y perjuicios (arts. 1.727 y 1.728 CC).

E) *Préstamo*

El Código Civil regula dos clases de préstamo: el *comodato,* o préstamo de uso, y el *mutuo,* o préstamo de consumo.

a) *Comodato*

Es comodato el contrato por el cual una de las partes, llamada comodante, «entrega a la otra una cosa, no fungible, para que use de ella durante cierto tiempo y se la devuelva» (art. 1.740 CC). Es un contrato *real,* pues para su validez es necesario la entrega de la cosa además del acuerdo, y esencialmente *gratuito,* pues si existiese retribución pactada pasaría a ser arrendamiento.

«El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada. El comodatario adquiere el uso de ella, pero no los frutos; si interviene

algún emolumento que haya de pagar el que adquiere el uso, la convención deja de ser comodato» (art. 1.741 CC). El comodatario debe dar a la cosa prestada el uso pactado.

El comodato se extingue cuando finaliza el plazo del préstamo o del uso para que la cosa se prestó.

b) *Mutuo*

El mutuo es un contrato por el cual una persona, llamada mutuante, entrega a otra (mutuatario) «dinero u otra cosa fungible, con condición de devolverle otro tanto de la misma especie y calidad» (art. 1.740 CC).

«El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad» (art. 1.753 CC). «No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado» (art. 1.755 CC).

La única obligación del mutuante es la de la entrega de la cosa. El mutuatario por su parte queda obligado a devolver al mutuante otro tanto de la misma especie y calidad.

F) *Depósito voluntario*

«Depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por voluntad del depositante...» (art. 1.763 CC).

«Se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla» (art. 1.758 CC). El depósito es un contrato gratuito excepto acuerdo en contrario (art. 1.760 CC).

El depositario está obligado a guardar la cosa, a no usar de ella y a restituirla. La única obligación del depositante consiste en pagar una retribución al depositario si previamente se había pactado.

G) *Fianza*

«Por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste...» (art. 1.822 CC). Las partes intervinientes en el contrato de fianza son el acreedor de la obligación principal y el fiador, sin ser necesaria la intervención del deudor. Es un contrato unilateral, pues sólo nace la obligación en el fiador, y gratuito.

AUTOEVALUACIÓN

La familia es una materia de:

- ☐ A) Derecho privado.
- ☐ B) Derecho público.
- ☐ C) Derecho privado y Derecho público.

La hipoteca recae sobre:

- ☐ A) Derechos.
- ☐ B) Bienes inmuebles.
- ☐ C) Bienes muebles.

El mutuo es:

- ☐ A) Un préstamo de uso.
- ☐ B) Un préstamo de consumo.
- ☐ C) Un contrato de garantía.

La sociedad de gananciales es:

- ☐ A) Una forma de sociedad mercantil.
- ☐ B) Una forma de sociedad civil.
- ☐ C) Una determinada regulación económica del matrimonio.

Un testamento es:

- ☐ A) Un modo de adquirir la propiedad.
- ☐ B) Un acto de disposición de bienes «inter vivos».
- ☐ C) Un acto de disposición de bienes «mortis causa».

Objeto de la relación jurídica es:

- ☐ A) Las cosas sobre las que se establece.
- ☐ B) La prestación que debe realizar cada parte.
- ☐ C) Dar o hacer algo.

En la concepción canónica del matrimonio:

- ☐ A) El consentimiento inicial da carácter definitivo al matrimonio.
- ☐ B) El consentimiento debe ser continuado.
- ☐ C) El consentimiento debe ser aprobado por el padre.

Sucesión universal es:

- ☐ A) La sucesión en particulares bienes de la herencia.
- ☐ B) La sucesión en todo el patrimonio hereditario.
- ☐ C) La sucesión sin testamento.

La posesión es:

- ☐ A) Un modo de propiedad especialmente protegido.
- ☐ B) La tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho.
- ☐ C) Un condominio.

El divorcio es:

- ☐ A) La extinción del vínculo matrimonial.
- ☐ B) La supresión de la vida común entre los cónyuges.
- ☐ C) Sólo tiene efectos patrimoniales.

Interdictos son:

- ☐ A) Acciones que protegen la propiedad.
- ☐ B) Medios procesales que protegen la posesión.
- ☐ C) Prohibiciones de vender.

La hipoteca es:

- ☐ A) Un derecho de garantía.
- ☐ B) Una forma de adquirir la propiedad.
- ☐ C) Una forma de perder la propiedad.

Los bienes inmuebles se adquieren por prescripción:

- ☐ A) A los 10 años entre presentes y a los 20 entre ausentes con buena fe y justo título.
- ☐ B) A los tres años.
- ☐ C) A los seis años.

La posesión civil se protege mediante:

- ☐ A) Los interdictos.
- ☐ B) La acción reivindicatoria.
- ☐ C) El recurso de amparo.

El comodato es:

- ☐ A) Un préstamo de uso.
- ☐ B) Un préstamo de consumo.
- ☐ C) Un contrato de garantía.

El divorcio es una forma de:

- ☐ A) Separación de los cónyuges.
- ☐ B) Nulidad matrimonial.
- ☐ C) Extinción del vínculo matrimonial.

Mediante la compraventa se transmite:

- ☐ A) La posesión de una cosa.
- ☐ B) La propiedad de una cosa.
- ☐ C) El uso de una cosa.

El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes:

- ☐ A) Presentes y futuros.
- ☐ B) Presentes.
- ☐ C) Futuros.

La familia es:

- ☐ A) Una creación del Derecho.
- ☐ B) El resultado de un pacto.
- ☐ C) Una institución natural.

La sociedad de gananciales es:

- ☐ A) Una corporación de Derecho público.
- ☐ B) Un régimen económico que rige el matrimonio.
- ☐ C) Una sociedad mercantil de tipo colectivo.

El retracto es un derecho real:

- ☐ A) De garantía.
- ☐ B) De adquisición.
- ☐ C) De goce.